Die Sachmängelhaftung des Unternehmers beim Werklieferungsvertrag unter Berücksichtigung des § 381 Abs. 2 HGB.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Hermann Müller

aus Erfurt,

Referendar am Kgl. Amtsgericht zu Langensalza.

ACAD. LEGD. HALL. BIBL.

Approbiert am 3. Juni 1907.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1907.

58

Referent: Univ.-Prof. Dr. **Oertmann.**

Inhaltsverzeichnis.

In § 1 der Arbeit werden der Kaufvertrag, der Werkvertrag und der Werklieferungsvertrag von einander abgegrenzt. Hieran schließt sich die Bestimmung des Begriffs des Werklieferungsvertrages an.

In § 2 werden die für die Sachmängelhaftung des Unternehmers maßgebenden Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuches im einzelnen durchgegangen unter Hervorhebung der für vertretbare und unvertretbare Sachen gemeinsamen Bestimmungen und unter Kennzeichnung der verschiedenen Unterschiede, welche die einschlägigen Paragraphen aufweisen. Nähere Untersuchungen bei den einzelnen gesetzlichen Vorschriften anzustellen, erübrigte sich mit Rücksicht auf die häufige eingehende Behandlung derselben in der Literatur.

In § 3 wird die Streitfrage über die Bedeutung der Vorschrift des § 381 Abs. 2 HGB. zu lösen versucht.

In § 4 findet eine eingehende Prüfung der Frage statt, ob dem Käufer oder dem Verkäufer, bezw. dem Besteller oder dem Unternehmer beim Werklieferungsvertrage über eine vertretbare Sache unter Umständen ein Recht auf Nachbesserung von Sachmängeln zusteht.

Abkürzungen.

RG. = Reichsgericht.
Prot. = Protokolle der 2. Kommission.
Mot. = Motive zum 1. Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.
BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
HGB. = Handelsgesetzbuch.
AHGB. = Altes Handelsgesetzbuch.
JurW. = Juristische Wochenschrift.
R. = Rundschau für den deutschen Juristenstand.
DJZ. = Deutsche Juristenzeitung.
preuß. ALR. = preußisches allgemeines Landrecht.
OLG. = Oberlandesgericht.
Rechtspr. d. OLG. = Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. (Falkmann-Mugdan.)
KG. = preußisches Kammergericht.
Arch. f. ziv. Prax. = Archiv für die zivilistische Praxis.
Diss. = Dissertation.

Literaturverzeichnis.

Albers, Die Abgrenzung von Kauf, Werkvertrag und Auftrag bei Herstellung und Lieferung einer Sache nach gemeinem und bürgerlichem Recht. Diss. Jena. 1900.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten. 9. Aufl. 1877.

Baron, Pandekten. 9. Aufl.

Bechmann, System des Kaufs nach gemeinem Recht. 2. Teil.

Brinz, Pandekten. 2. Aufl.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. 1900.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 4. Aufl. 1903.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. 2. 1902.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. 1896.

Denkschrift zum Handelsgesetzbuch.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 2, 1. u. 2. Aufl. 1901.

Dernburg, Pandekten. 7. Aufl. 1903.

Deutsche Juristenzeitung.

Dniestrzanski, Das Wesen des Werklieferungsvertrages im österreichischen Recht. Wien 1898.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897. 1905.

Eccius, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechtes Bd. 43 S. 305 ff.

Ehrenberg, Kauf- und Werkvertrag. In Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 27 S. 286 ff., S. 1888 ff.

Ehrlich, Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache beim Kaufe. Diss. Greifswald. 1900.

Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. 1899.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. 1903.

Engeling, Worin unterscheidet sich nach dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches die Haftung des Verkäufers und des Unternehmers hinsichtlich der Fehler und Mängel der Kaufsache und des Werkes? Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1902.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. Bd. 1. 1901.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. 8. 1896 nebst dem Einführungsgesetze. 7. Aufl. 1906.

Glück, Erläuterung der Pandekten. Bd. 17.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Teil 1. 2. Aufl. 1903.

Grohé, Die rechtliche Natur des Werklieferungsvertrages nach gemeinem Recht mit Berücksichtigung der modernen Gesetzgebungen. Diss. Greifswald. 1892.

Guischard, Die Ansprüche des Bestellers im Werklieferungsvertrag beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften nach gemeinem Recht und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Rostock. 1903.

Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch. Annalen der Großherzoglich Badischen Gerichte. 64. Jahrg. Mannheim 1898.

Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsrecht. Bd. 1. 1897.

Hellwig, Anspruch und Klagerecht. 1900.

Henle, Grenzbestimmungen zwischen Kauf- und Werkvertrag. Trier (J. Link) 1902.

Jhering, Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufkontrakt. In Jherings Jahrbüchern für die Dogmatik Bd. 4.

Juristische Wochenschrift.

v. Keller, Pandekten. 2. Aufl. 1866.

Kleinschmidt, Grenzbestimmung über Kauf- und Werkvertrag nach gemeinem Recht und nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches verbunden mit einer Interpretation des § 651 dieses letzteren. Diss. Rostock. 1903.

Knott, Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Haftung des Verkäufers für Mängel der verkauften Sachen, verglichen mit den allgemeinen Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Haftung. Diss. Halle a. S. 1903.

Kronacher, Der Werklieferungsvertrag nach § 381 Abs. 2 HGB. München. 1906.

Krückmann, Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. 1899.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Aufl. 1903.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. Hälfte. 1904.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1901.

Leistner, Die Haftung des Verkäufers wegen Mängel der Kaufsache. Nürnberg. 1900.

Leske, Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich und des preußischen allgemeinen Landrechts. 1. Hälfte 1. u. 2. Aufl. 1900.

Levy, Die Gewährleistung für Mängel beim Werkvertrag. Diss. Straßburg. 1903.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches. Bd. 1. 1902.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl. Bd. 2. 1907.

Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. 3. Aufl. Bd. 1. 1900.

Meißner, Das Recht der Schuldverhältnisse. 1898.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht. Abt. 1. 1853.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtliche Ausgabe. 1888.

Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches. 2. Aufl. 1904.

Münkel, Das Rechtsverhältnis aus § 651 BGB. Diss. Erlangen. 1898.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Aufl. 1905.

Ochß, Begriff und rechtliche Natur der nach § 651 BGB. zu beurteilenden Vertragsverhältnisse. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1903.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.

Philler, Vorlesungen über das Bürgerliche Gesetzbuch. 1899.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bd. 2 §§ 241—515 3. Aufl. 1904 und §§ 516—657 3. Aufl. 1907.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1897.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Mugdan-Falkmann).

Riezler, Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. 1900.

Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Rudorff, Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897. 1898.

Scheer, Die Besonderheiten der Gewährleistung für Sachmängel beim Handelskauf. Diss. Rostock. 1904.

Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuch. 1897.

Schöller, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. In Gruchots Beiträgen Bd. 46 S. 1 ff.

Schroeder, Zur Gewährleistung für Sachmängel beim Kauf nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Berlin NW. 1903.

Sempell, Gemeinrechtliche Streitfragen auf dem Gebiete der Werkverdingung und ihre Entscheidung durch das Bürgerliche Gesetzbuch. Diss. München-Gladbach. 1899.

Seufferts Archiv für Entscheidung der obersten Gerichte.

Soergel, Rechtsprechung zum Bürgerlichen Gesetzbuche. 1905.

Sonnenbrodt, § 381 Abs. 2 HGB. für das Deutsche Reich. Diss. Erlangen. 1901.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 6. u. 7. Aufl. 1900.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. Bd. 1 2. Aufl. 1904, Bd. 2 besonderer Teil 2. Aufl. 1906.

Türcke-Niedenführ, Das bürgerliche Recht. 1900.

Unterholzner, Die Lehre des römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Leipzig 1840.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl.

Wächter, Pandekten.

Weyl, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für Praktiker. Bd. 1. 1898.

Weiske, Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten. Bd. 7. 1847.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.

Wittich, Zum § 651 BGB. In Gruchots Beiträgen Bd. 49 S. 276 ff.

Zager, Haftung für faktische Mängel beim Kauf- und Werkvertrag. Diss. Greifswald. 1902.

§ 1.

Kauf, Werkvertrag und Werklieferungsvertrag.

Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe zur Herstellung einer Sache verpflichtet, wird nach § 651 Abs. 1 BGB. teils den Grundsätzen des Kaufs, teils den Grundsätzen des Werkvertrags unterworfen. Auf denselben finden Anwendung, je nachdem es sich um vertretbare oder nicht vertretbare Sachen handelt, bald sämtliche Vorschriften vom Kauf, bald diese nur mit der Einschränkung, als nicht für den Werkvertrag abweichende Normen bestehen. Kauf und Werkvertrag sind zwar nahe verwandt und weisen über zahlreiche Punkte gleiche Vorschriften auf, unterscheiden sich jedoch in manchen Beziehungen sehr erheblich, so namentlich in Ansehung der Frage der Sachmängelhaftung. In rechtlicher Hinsicht ist es mithin von weitgehender Wirkung, ob ein Vertrag sich als Kauf oder als Werkvertrag darstellt. Zwischen diesen beiden Verträgen steht der in § 651 Abs. 1 BGB. behandelte Vertrag. Sein Verhältnis zu den ersteren ist mit Rücksicht auf die Vertretbarkeit der Vertragssache kein festes.

Dabei ist zu beachten, daß weitaus die meisten Rechtsgeschäfte des täglichen Lebens den Tatbestand eines der drei genannten Verträge ergeben und daß das Publikum über die rechtliche Natur des im Einzelfalle geschlossenen Vertrages

sehr oft völlig im unklaren ist. Da dieselbe aber insbesondere für die Frage der Sachmängelhaftung von ausschlaggebender Bedeutung ist, so sollen die drei Verträge von einander abgegrenzt werden, zuerst der Werkvertrag vom Kauf.

Die Scheidung beider wird in der Literatur verschieden gegeben.

Planck[1]) sagt: „Vom Kaufvertrag unterscheidet sich der Werkvertrag dadurch, daß Gegenstand des Werkvertrags das Werk als Erzeugnis von Arbeit ist, während es sich bei dem Kaufvertrag nicht um die Arbeit, sondern um die Lieferung einer Sache oder eines Rechts handelt.“[2])

So sehr nun diese Unterscheidung in theoretischer Beziehung auch zutreffen mag, so wenig dürfte sie sich zur Anwendung im praktischen Leben eignen. Nach ihr ist in jedem einzelnen Falle festzustellen, ob die Parteien das Hauptgewicht auf die Herstellung des in Frage stehenden Gegenstandes legen oder aber nur auf die Lieferung desselben und somit dessen Herstellung, sei es durch den verpflichteten Vertragsgegner, sei es durch einen Dritten, weniger in Betracht kommt. Dieses klarzulegen dürfte aber oft sehr schwierig sein.[3])

---

[1]) Planck II S. 591; ebenso Endemann I S. 1098; Cosack, BGB. I S. 536; Leske 1. Hälfte S. 260.

[2]) Die Gegenleistung des Käufers bezw. des Bestellers ist nicht etwa das unterscheidende Merkmal beider Verträge. Allerdings ist der Käufer zur Zahlung von Geld verpflichtet, während beim Werkvertrag die Vergütung nicht in Geld zu bestehen braucht. Dennoch kommt die verabredete Gegenleistung zur Abgrenzung beider Verträge nicht in Betracht, weil durch sie lediglich feststeht, ob ein Vertrag, der sich sonst als Kauf darstellt, Kauf oder Tausch ist. So auch Emerich S. 5.

[3]) Zu demselben Ergebnis wie die Planck sche Scheidung beider Verträge führt die von Emerich S. 5 vollzogene Abgrenzung.

Unter Hervorhebung dieses Umstandes verweist Staudinger[4]) auf die von Riezler[5]) getroffene Scheidung von Kauf und Werkvertrag. Dieser führt aus: „Der Kaufvertrag wird in der Regel über bereits vorhandene, fertige Waren abgeschlossen, von deren Beschaffenheit sich der Käufer bereits überzeugen kann; der Werkvertrag ist im Gegensatz dazu darauf gerichtet, daß ein noch nicht existierendes Produkt erst geschaffen oder ein bereits existierendes in eine neue Form gebracht werden soll."

Dieser Maßstab, der für die praktische Anwendung ohne jede Schwierigkeit ist, dürfte eine zutreffende Scheidung von beiden Verträgen ermöglichen, wenigstens, wie Riezler selbst es bezweckt, in der Regel. Liegen jedoch beim Vertragsabschluß Tatsachen vor, aus denen unzweideutig hervorgeht, daß es den Parteien entweder nur auf die Lieferung der fraglichen Sache oder aber gerade auf eine Arbeitsleistung ankommt, so wird allerdings in diesen besonderen Fällen der Planckschen Unterscheidung der Vorzug zu geben sein. Da derartige besondere Umstände bei den sehr zahlreich täglich zustandekommenden, hier in Frage stehenden Verträgen nur verhältnismäßig selten vorliegen bezw. mit Sicherheit sich nachweisen lassen, so erscheint es angebracht, als allgemeinen Maßstab für die Scheidung von Kauf- und Werkvertrag die Riezlersche Formel zugrunde zu legen.

Aber Riezler[6]) erklärt selbst, daß diese Formel dann versage, wenn der eine Kontrahent nicht nur zu einer Arbeitsleistung, sondern gleichzeitig auch zur Beschaffung

[4]) Staudinger II, 2 S. 446.

[5]) Riezler S. 54

[6]) Riezler S. 55 am Schluß.

des erforderlichen Stoffes verpflichtet ist. Für solche Verträge gibt das Gesetz in § 651 Abs. 1 BGB. besondere Bestimmungen. Als was diese Verträge auf Grund derselben angesehen werden müssen, als Kaufverträge, als Werkverträge oder als selbständige zwischen Kauf- und Werkvertrag stehende Vertragstypen, ist in der Literatur bestritten. Erhöht wird die Schwierigkeit der Lösung dieser Frage dadurch, daß die gesetzliche Behandlung der fraglichen Verträge eine verschiedene ist, je nachdem es sich um eine vertretbare oder um eine unvertretbare Sache handelt. Was den Vertrag über eine unvertretbare Sache betrifft, so war anfangs seine rechtliche Natur lebhaft bestritten.[7]) Heute aber wird derselbe fast ohne Ausnahme als selbständiger Vertrag aufgefaßt, für den sich in der Literatur allgemein die Bezeichnung „Werklieferungsvertrag“ findet.

Hinsichtlich des Vertrages über eine vertretbare Sache dagegen ist man auch heute noch von einer Einigung über seine Konstruktion weit entfernt. Einige Schriftsteller[8]) halten ihn für einen Kaufvertrag, während andere[9]) ihn als einen

[7]) Näheres s. S. 41 ff.

[8]) Enneccerus-Lehmann I S. 690; Matthiaß, BGB. I S. 598; Riezler S. 68; Landsberg 1. H. S. 468/69; Hachenburg S. 237; Albers S. 56; Kleinschmidt S. 76; Lotmar I S. 183 unter 1 und Anm. 1 und S. 185.

[9]) Staudinger II, 2 S. 446 und S. 438 ff; Fischer-Henle. Überschrift zu § 651 S. 351; Dernburg II, 2 S. 446; Crome II S. 703; Philler S. 154; Krückmann S. 97; Kuhlenbeck, BGB. I S. 529 ff.; Planck II S. 623; Lehmann-Ring II S. 97 und S. 186; Staub II S. 1245; Leske 1. H. S. 267; Meißner S. 200; Neumann S. 431 ff.; Müller-Meikel S. 530; Münkel S. 36; Sempell S. 12 ff.; Henle S. 56 und S. 63; Türcke II S 351; früher auch Oertmann; über die jetzige Stellungnahme desselben s. S. 17 ff.; vgl. auch Cosack, BGB. I S. 546, welcher die Verträge Kaufwerkverträge nennt.

selbständigen Vertrag neben dem Kaufvertrage konstruieren und ihn gemeinsam mit dem Vertrage über eine unvertretbare Sache als Werklieferungsvertrag bezeichnen.[10]) Einer Erörterung dieser Streitfrage hat naturgemäß eine Feststellung des Begriffes der vertretbaren Sachen vorauszugehen, zu welcher wir uns im folgenden wenden.

Nach Staudinger[11]) sind vertretbar „solche bewegliche Sachen, welche, weil sie gegenüber Sachen der gleichen Gattung ausgeprägter Individualisierungsmerkmale entbehren, nach der regelmäßigen Anschauung des Verkehrs diese ersetzen und von ihnen ersetzt werden können". Es fehlt vertretbaren Sachen hiernach jede individuelle Besonderheit; sie weisen nur generelle Merkmale auf, nach welchen sie allein im Verkehr bestimmt werden. Deshalb gleichen sich vertretbare Sachen derselben Art nach der Verkehrsanschauung vollständig, eine tatsächliche Verschiedenheit der einzelnen Stücke kommt so

[10]) In einen Gegensatz zur herrschenden Meinung, welche — einige Schriftsteller allerdings nur, soweit es sich um den Vertrag über eine unvertretbare Sache handelt — wie dargetan einen selbständigen, zwischen Kauf- und Werkvertrag stehenden Vertrag annimmt, stellen sich heute nur noch wenige Autoren, indem sie das Vorhandensein eines solchen Vertrages nicht anerkennen; so bezeichnet zwar Goldmann-Lilienthal I S. 673 unter II und S. 676 unter 2 die fraglichen Verträge als „Werklieferungsverträge", konstruiert sie aber als Werkverträge; ebenso hält Ochß S. 38 die Verträge, die er „Werkübereignungsverträge" nennt, für „besonders geartete Werkverträge"; Matthiaß I S. 598 erklärt beide Arten von Verträgen, und zwar auch den Vertrag über eine unvertretbare Sache, für den er auch die Bezeichnung „Werklieferungsvertrag" bringt, für Kaufverträge; vgl. auch Kronacher S. 10; über die Stellungnahme von Wittich s. S. 31; vgl. auch noch Makower II S. 1330 unter IIb, nach welchem beide Verträge nach dem Sprachgebrauch des BGB. „Werkverträge" sind.

[11]) Staudinger I S. 264.

wenig in Betracht, daß die eine Sache rechtsgültig an die Stelle der anderen tritt, bezw. treten kann.

Wie nun verschiedene Schriftsteller[12]) gelegentlich der Behandlung des in § 651 Abs. 1 BGB. geregelten Vertrages über eine vertretbare Sache hervorheben, werden vertretbare Sachen meist auf Vorrat gearbeitet, wie z. B. Dutzendwaren, also mehrere Stücke derselben Art zu gleicher Zeit hergestellt und nicht einzeln Stück für Stück auf eine besondere Bestellung hin. Dies ist zweifellos der Fall, wenn man die Sachen ins Auge faßt, die gewöhnlich im täglichen Verkehr Gegenstand von Rechtsgeschäften sind. Eine ganze Reihe solcher vertretbarer Sachen werden sogar stets in sehr großer Menge hergestellt; nämlich die verschiedenen Massenartikel.

Diese Tatsache legt die Vermutung nahe, daß es eine Voraussetzung für die Vertretbarkeit einer Sache im allgemeinen ist, daß dieselbe auf diese Weise entstanden sein muß, nämlich stets gleichzeitig in Gemeinschaft mit mehreren Stücken der gleichen Gattung. Wir haben deshalb zu prüfen, ob eine Sache eine vertretbare sein kann, trotzdem daß sie ständig nur einzeln angefertigt wird.

Wie Staudinger in seiner angeführten Definition in Übereinstimmung mit § 91 BGB. hervorhebt,[13]) ist bei der Entscheidung der Frage, ob eine Sache vertretbar ist oder nicht, die regelmäßige Anschauung des Verkehrs maßgebend, also ein objektiver Maßstab. Dabei ist aber nach Emerich[14]) zu beachten, daß dieser Maßstab kein absoluter ist; „denn

---

[12]) Guischard S. 14; Levy S. 8 unter c α; Prot. II S. 339; Denkschr. z. BGB. S. 84; vgl. auch Crome II S. 703; Sonnenbrodt S. 2.

[13]) s. S. 5.

[14]) Emerich S. 21.

eine Sache, die im Kleinverkehr eine nicht vertretbare ist, kann im Großverkehr eine vertretbare sein". [15]) Hieraus ist zu folgern, daß eine Sache für Fabriken eine vertretbare sein kann, während man ihr in Kreisen, welche dieselbe handwerksmäßig herstellen, nicht die Eigenschaft der Vertretbarkeit beilegen kann. Ja, es wird öfters eine bestimmte Sache für die eine Fabrik als vertretbar anzusehen sein, während sie für eine andere Fabrik eine nichtvertretbare ist, nämlich dann, wenn erstere die betreffende Sache regelmäßig anfertigt, die zweite dagegen nicht. Damit ist aber durchaus nicht gesagt, daß erstere Fabrik diese Sache stets zu gleicher Zeit in mehreren Stücken, auf Vorrat herstellen muß. Vielmehr wird es bei komplizierten Fabrikaten unter gewissen Voraussetzungen genügen, wenn ein Fabrikat innerhalb eines und desselben Fabrikbetriebes einzeln auf Bestellung gearbeitet wird; nämlich dann, wenn bei der einzelnen Anfertigung die gleichen Pläne, Entwürfe, Zeichnungen, Modelle usw. benutzt werden, nach denen in diesem Betrieb das bezeichnete Fabrikat hergestellt zu werden pflegt. Diese Ansicht hat das Reichsgericht [16]) hinsichtlich größerer Maschinen ausgesprochen. Sonach ist eine größere Maschine, die auf die eben bezeichnete Weise gebaut wurde, eine vertretbare Sache, und die Folge davon ist, die Eigenschaft, welche sich bei zahlreichen vertretbaren Sachen vorfindet, nämlich, daß sie auf Vorrat usw. angefertigt werden, ist keine Voraussetzung für die Vertretbarkeit einer Sache im allgemeinen.

Die Bedeutung dieser Tatsache, welche sich auf die angezogene Reichsgerichtsentscheidung stützt, darf nicht unter-

---

[15]) Staudinger I S. 264.

[16]) JurW. 1900 S. 665.

schätzt werden. Zwar bezieht sich diese Entscheidung nicht auf Gegenstände, die im täglichen rechtsgeschäftlichen Verkehr für jedermann in Betracht kommen; denn größere Maschinen haben naturgemäß einen beschränkten Abnehmerkreis. Aber trotzdem ist zu bedenken, daß heute Maschinen bei den verschiedensten Gewerbebetrieben eine ausgedehnte Verwendung finden, und zwar nicht bloß Maschinen einfacher Art, sondern auch solche komplizierter Konstruktion. Ein Teil der letzteren wird zwar aus Fabriken hervorgehen, die diese Maschinen nicht einzeln, vielmehr unabhängig von einer Bestellung anfertigen und deshalb über ein, sei es größeres, sei es kleineres Lager derselben verfügen. Diese scheiden für unsere Betrachtung aus. Bei dem anderen Teil der hier in Betracht kommenden Maschinen wird aber die Herstellung derselben so vor sich gehen, wie sie oben als Voraussetzung für die Entscheidung des Reichsgerichts ausgeführt wurde. Demgemäß wird der Fall, daß solche Maschinen als vertretbar angesehen werden müssen, im praktischen Leben nicht selten, vielmehr ziemlich häufig vorkommen.

Man wird aber noch einen Schritt weitergehen können, bezw. wird man ihn gehen müssen, wenn man nämlich erwägt, daß zweifellos keine Bedenken walten können, die vom Reichsgericht hinsichtlich größerer Maschinen ausgesprochenen Grundsätze analog auf andere komplizierte Fabrikate anzuwenden, z. B. auf große Kessel, komplizierte Wagen,[17]) auf große Schiffe[18]) usw.

Wenn aber derartige komplizierte Sachen unter der gleichen Voraussetzung wie größere Maschinen nach der er-

[17]) Wie z. B. größere Automobile, größere Transportwagen.

[18]) z. B. Kreuzer, Linienschiffe, Schnelldampfer einer bestimmten Klasse.

wähnten Reichsgerichtsentscheidung als vertretbar zu gelten haben, so wird der Fall noch häufiger eintreten, daß eine Sache eine vertretbare ist, trotzdem daß sie nie auf Vorrat, sondern ständig nur einzeln hergestellt wird.

Stellen wir nun unter Zuhilfenahme dieser Ausführungen über vertretbare Sachen den Begriff des Werklieferungsvertrags fest. Derselbe ist bestritten, es finden sich über ihn in der Literatur die oben erwähnten[18a]) zwei verschiedenen Anschauungen.

Ein Vertrag auf Lieferung einer Sache unter Beschaffung des Stoffes durch den Unternehmer enthält für letzteren zwei Verpflichtungen. Derselbe ist einerseits verpflichtet, wie ein Verkäufer auf Grund des Kaufvertrags, zur Sachlieferung. Anderseits hat er aber vorher zu bewirken eine Arbeitsleistung. Dieses verpflichtende Moment der Arbeitsleistung ist dem Wesen des Kaufvertrags völlig fremd, vielmehr eine begriffliche Eigentümlichkeit des Werkvertrags. Da der letztere jedoch als Begriffsmerkmal das Moment der Sachlieferung nicht kennt, gleicht unser in Frage kommender Vertrag weder völlig dem Kaufvertrag noch völlig dem Werkvertrag. Diese theoretische Erwägung gilt für den fraglichen Vertrag ohne Rücksicht darauf, ob es sich um Lieferung einer vertretbaren oder unvertretbaren Sache handelt. Demgemäß würde der Vertrag in beiden Fällen die bezeichneten Eigenschaften gegenüber dem Kauf- und Werkvertrag haben und deshalb würde es gerechtfertigt sein, beide Arten des Vertrags als Werklieferungsvertrag zu konstruieren.[19]) Es fragt sich aber, ob nach den Erfahrungen im praktischen Leben diese Konstruktion des Werklieferungsvertrags aufrechtzuerhalten ist.

[18a]) vgl. S. 4 ff.

[19]) vgl. auch Crome II S. 703.

Denn wenn im rechtsgeschäftlichen Verkehr bei dem Vertrage über Herstellung vertretbarer Sachen das Moment der Arbeitsleistung entweder gar nicht empfunden wird oder, obgleich vorhanden, doch dermaßen hinter dem Moment der Sachlieferung zurücksteht, daß es bei Konstruktion des Vertrags vernachlässigt werden kann, so würde der Vertrag bei vertretbaren Sachen vom Kaufvertrag keine Unterscheidung aufweisen und demgemäß seine Konstruktion als Kauf zu befürworten sein.

Bei zu liefernden vertretbaren Sachen kann nun zuweilen der Gesichtspunkt des Arbeitsverhältnisses für die Parteien ganz zurücktreten. Wie früher festgestellt, werden zahlreiche vertretbare Sachen auf Vorrat angefertigt. Bei diesen wird es aber regelmäßig für den Besteller keinen Unterschied machen, ob er eine bereits fertige Sache oder eine erst auf Grund des Vertrags hergestellte bekommt. Häufig wird der Besteller auch gar nicht wissen können, bezw. wird es nicht erfahren, ob sein Vertragsgegner nach Abschluß des Vertrags eine Arbeit leistet oder aber ihm aus seinem Vorratslager eine fertige Sache zustellt. Naturgemäß wird der Unternehmer, so oft er dazu in der Lage ist, dem Besteller schon fertige Sachen liefern. In diesen Fällen entfällt also bei dem Vertrage das Moment der Arbeitsleistung, es verbleibt nur die Verpflichtung für den Unternehmer zur Sachlieferung. Trotzdem nehmen wir aber davon Abstand, deshalb den Vertrag bei zu beschaffenden vertretbaren Sachen schlechthin als einen Kaufvertrag zu bezeichnen.

Es ist ja richtig, daß sehr viele vertretbare Sachen stets auf Vorrat gearbeitet werden und daß bei unserem Vertrage über solche vertretbare Sachen sehr häufig von einer Verpflichtung für den Unternehmer zur Arbeitsleistung schlechterdings keine Rede sein kann. Es muß auch zugegeben werden,

daß derartige vertretbare Sachen im täglichen Verkehr allgemein Gegenstand unseres Vertrages sind. Indessen entfällt einmal nicht bei allen Verträgen über vertretbare Sachen, welche auf Vorrat hergestellt werden, die necessitas faciendi für den Unternehmer.

Ein Beispiel von Henle[20]) beweist dies zutreffend: „Eine lithographische Anstalt verpflichtet sich einem Restaurateur gegenüber, Ansichtskarten von dessen Restauration nach Photographie zu liefern.“ Zum andern steht nach früherer Ausführung[21]) fest, — und hierauf legen wir Nachdruck — daß nicht etwa alle vertretbaren Sachen stets auf Vorrat angefertigt werden, sondern daß es auch vertretbare Sachen gibt, die ständig erst auf eine Bestellung hin hergestellt werden. Von dieser erst auf Grund des Vertrags stattfindenden Anfertigung wird der Besteller meist auch Kenntnis haben. Hier ist also das Moment der Arbeitsleistung in jedem Vertragsfall gegeben, genau wie bei dem Vertrage über zu liefernde unvertretbare Sachen. Derartige Fälle sind aber, wie wir früher gesehen haben, durchaus nicht so selten, daß sie bei der Konstruktion des Vertrages einfach unbeachtet gelassen werden könnten. Allein auf Grund dieser Tatsache, daß bei dem Vertrage auf Beschaffung vertretbarer Sachen bei einer ganzen Reihe derselben die Verpflichtung zur Arbeitsleistung ausdrücklich neben der zur Sachlieferung besteht, würde es gerechtfertigt sein, die Konstruktion dieses Vertrages als Kaufvertrag zurückzuweisen.

Hierzu kommt aber, daß gerade die Verträge über zu

---

[20]) Henle S. 63.

[21]) s. S. 7—9.

liefernde vertretbare Sachen, bei denen eine Verpflichtung für den Unternehmer zur Arbeitsleistung nicht vorhanden ist, bei der Beurteilung der Frage über die Konstruktion des im § 651 Abs. 1 BGB. behandelten Vertrags über eine vertretbare Sache gar nicht herangezogen werden dürfen. Wie Staudinger[22]) ausführt, fallen Verträge dann nicht unter § 651 Abs. 1 BGB., wenn „die Herstellung nicht oder nicht mehr Vertragsgegenstand ist". Das von Staudinger angegebene Beispiel möge dies erläutern: „Es bestellt sich jemand aus dem Vorratslager einer Fabrik einen Posten bereits hergestellter Waren. Hier ist die Arbeit schon geleistet oder sie wird wenigstens nicht geleistet in Rücksicht auf den einzelnen Bestellfall, sondern zur Assortierung eines stets verfügbaren Lagers, welches hiernach aber als ein gewöhnliches Verkaufslager sich darstellt." [23])

Für die Anwendbarkeit des § 651 Abs. 1 BGB. ist somit einmal erforderlich, daß die Vertragssache zur Zeit des Vertragsabschlusses noch nicht existiert und zum anderen, daß die Arbeitsleistung des einen Teils nicht nur zufällig in die Zeit zwischen den Vertragsabschluß und die Lieferung der Sache fällt. Letzteres ist also dann der Fall, wenn von dem einen Teil zwar eine Arbeit geleistet wird, diese Arbeit aber auch ohne den abgeschlossenen Vertrag geleistet worden wäre.[24]) Bei den meisten vertretbaren Sachen aber, die ständig auf Vorrat hergestellt werden, wird die durch den Produzenten geleistete Arbeit „nicht oder nicht mehr Gegenstand des abgeschlossenen Vertrages sein". Deshalb fallen Verträge auf Lieferung derartiger vertretbarer Sachen gar

[22]) Staudinger II, 2 S. 490 unter 2a.

[23]) Staudinger II 1. Aufl., 1901, S. 470.

[24]) vgl. auch Henle S. 61/62; Ochß S. 20/21.

nicht unter § 651 Abs. 1 BGB.; sie sind vielmehr gewöhnliche Kaufverträge und müssen deshalb bei unserer Betrachtung über Feststellung des Begriffes des in dem genannten Paragraphen behandelten Vertrages über vertretbare Sachen völlig außer Betracht gelassen werden.[25]) Damit wird aber der Anschauung, diesen Vertrag als Kauf zu konstruieren, so gut wie jede Stütze genommen und es erscheint hiernach zugleich die herrschende Meinung gerechtfertigt. Nach derselben ist der Werklieferungsvertrag also der Vertrag,

> durch den sich jemand unter Beschaffung des erforderlichen Stoffes verpflichtet, eine — sei es vertretbare, sei es unvertretbare — Sache herzustellen und seinem Vertragsgegner zu übereignen.

Da der Werklieferungsvertrag mit Rücksicht auf die Vertretbarkeit der Vertragssache somit zwei Verträge umfaßt, fragt es sich, ob diese beiden Verträge nach den wirtschaftlichen Bedürfnissen denselben Rechtsnormen zu unterstellen sind. Das Bürgerliche Gesetzbuch widmet dem Werklieferungsvertrag keinen besonderen Titel, sondern verweist — abgesehen von der Vorschrift des § 651 Abs. 1 BGB., daß der Unternehmer dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen hat — auf bereits ausgesprochene Rechtssätze, um Wiederholungen zu

---

[25]) Im Ergebnis ähnlich auch Wittich S. 276 ff., insbesondere S. 282—235. Derselbe erkennt allerdings einen selbständigen, zwischen Kauf- und Werkvertrag stehenden Vertrag nicht an. Nach ihm sind in jedem einzelnen praktischen Fall aus den hier in Frage kommenden Vertragsverhältnissen gleichgültig, ob sie vertretbare oder unvertretbare Sachen betreffen, in ähnlicher Weise die reinen Kaufverträge auszuscheiden, die verbleibenden Verträge sind dann „als Werkverträge“ nach § 651 Abs. 1 BGB. zu behandeln.

vermeiden. In Betracht kamen bei der Abfassung des Bürgerlichen Gesetzbuches dabei die Normen über den Kauf- und Werkvertrag. Wie schon dargelegt, haben diese zwei Verträge viele gemeinsame Bestimmungen, weisen jedoch auch zahlreiche Abweichungen voneinander auf.

Abgesehen von Abweichungen, welche in der verschiedenen Natur der beiden Verträge begründet sind,[26]) zeigt sich der durch seine Folgen für das wirtschaftliche Leben am meisten hervortretende Unterschied in der verschieden gestalteten Berechtigung des Käufers bezw. des Bestellers, Wandelung oder Minderung zu verlangen. Der Käufer hat nämlich diese Ansprüche ohne weiteres beim Vorhandensein gewisser Mängel, während der Unternehmer beim Werkvertrag diese Ansprüche des Bestellers regelmäßig durch Beseitigung der Mängel ausschließen kann. Mit welchen Vorschriften waren nun nach den wirtschaftlichen Bedürfnissen beide Arten des Werklieferungsvertrages auszustatten, mit denen des Kaufs oder denen des Werkvertrages, insbesondere welche Rechtslage war den Parteien mit Rücksicht auf die bei Kauf- und Werkvertrag verschieden geartete Berechtigung zur Wandelung oder Minderung zu gewähren?

Für die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien ist es von weitgehender Wirkung, ob die Vertragssache vertretbar oder nicht vertretbar ist. Unvertretbare Sachen pflegen für besondere Verhältnisse hergestellt zu werden, müssen oft örtlichen Verhältnissen angepaßt werden usw. Deshalb steht der Unternehmer zum Besteller in einem ähnlichen Verhältnisse wie der Unternehmer beim Werkvertrag zu seinem

[26]) z. B. daß der Kauf für den Verkäufer eine Verpflichtung zur Veräußerung, der Werkvertrag für den Unternehmer eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung enthält.

Vertragsgegner. Der Besteller bei einem derartigen Werklieferungsvertrag weiß eben, daß die von ihm bestellte Sache in der gewünschten Ausführung (in der Regel) noch nicht existiert und erst speziell für ihn nach seinen Anweisungen und Bedürfnissen angefertigt wird. Ist die hergestellte Sache mangelhaft, so fragt es sich, welche Rechtsbehelfe dem Besteller zu gewähren sind. Wird ihm die Möglichkeit gegeben, sofort zu wandeln, und muß deshalb der Unternehmer diese Sache behalten, so wird der letztere, zumal bei leicht behebbaren Mängeln, aufs empfindlichste geschädigt. Er wird sein Werk nach Rückgängigmachung des Vertrages anderweitig meist nicht losschlagen können. Und wie selten wird sich ein Käufer finden, der ein solches Werk, das nicht für seine Verhältnisse paßt — z. B. ein nach Maß angefertigter Anzug —, seinem wirklichen Wert entsprechend bezahlt? Der Unternehmer wird also fast immer eine — sei es größere, sei es kleinere — pekuniäre Einbuße erleiden. Die Billigkeit wird es somit erfordern, dem Hersteller eines solchen Werkes die Gelegenheit zu gewähren, die Mängel desselben abzustellen. Demgemäß wird man ihm, entsprechend seinem Verhältnis zum Besteller, die Stellung des Unternehmers beim Werkvertrag einräumen müssen.

Ganz anders ist die Rechtslage bei vertretbaren Sachen. Hier entspricht das Verhältnis des Unternehmers zum Besteller keineswegs dem gegenseitigen Verhältnis der Parteien beim Werkvertrag. Zwar hat der Unternehmer naturgemäß ebenfalls die Verpflichtung, die Sache herzustellen, aber er fertigt die Sache in derselben Weise an, wie er sie bei einer neuen Bestellung für jeden anderen auch anfertigen würde, ohne Rücksichtnahme auf die persönlichen Verhältnisse des Bestellers. Deshalb hat der letztere auch ein erheblich größeres

Interesse daran, daß er mangelfreie bezw. nicht nachgebesserte Sachen erhält, daß er somit im Gegensatz zum Werkvertrag in den Stand gesetzt wird, beim Vorhandensein von Mängeln die Gewährleistungsansprüche ohne weiteres geltend zu machen. Eine sofortige Wandelung hat hier aber auch nicht die Folge, welche bei unvertretbaren Sachen eintreten würde. Denn vertretbare Sachen haben fast ausnahmslos einen größeren Abnehmerkreis. Weist der Besteller das hergestellte Werk wegen Mängeln zurück, so ist sein Vertragsgegner in der Lage, dasselbe ohne Schwierigkeiten an andere Interessenten zu veräußern, und zwar zu dem Wert, den es mit Mängeln, oder zum vollen Wert, den es nach späterer Beseitigung derselben hat. Die sofortige Zurückweisung der Sache bereitet dem Unternehmer mithin keine, jedenfalls keine empfindliche Einbuße. Diese Tatsache ist aber nicht etwa nur gegeben bei vertretbaren Sachen, die auf Vorrat gearbeitet werden, sondern sie besteht auch dann, wenn diese einzeln auf Bestellung angefertigt werden. In diesen Fällen ist ja eine solche Sache nur dann vertretbar, wenn sie unter gewissen Voraussetzungen regelmäßig hergestellt wird. Darin liegt aber, daß auch diese einen gewissen Abnehmerkreis und daß somit die sofortige Wandelung die gleiche Wirkung hat, wie sie soeben dargestellt wurde.

Bei vertretbaren Sachen drängen also die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien zu einer Anwendbarkeitserklärung der Kaufgrundsätze.

Das Bürgerliche Gesetzbuch trägt nun allen diesen Verschiedenheiten Rechnung und läßt in § 651 Abs. 1, den Anforderungen des praktischen Lebens somit völlig gerecht werdend, bei vertretbaren Sachen die Kaufvorschriften, bei unvertretbaren Sachen diese nur insoweit zur Anwendung

gelangen, als nicht für den Werkvertrag abweichende Normen aufgestellt sind.

Die bei beiden Arten des Werklieferungsvertrages hervorgehobenen gegenseitigen Verschiedenheiten erfordern unsere Betrachtung aber noch in anderer Beziehung. Der Umstand insbesondere, daß bei beiden Verträgen der Unternehmer zwar zur Herstellung der Vertragssache verpflichtet, die zu bewirkende Arbeitsleistung desselben bei vertretbaren Sachen aber ganz anders gestaltet ist als bei unvertretbaren Sachen,[27]) führt jetzt Oertmann[28]) dazu, es für bedenklich zu erachten, beide Verträge unter einer einzigen Gruppe als „Werklieferungsverträge“ zu vereinigen. Weil bei der Herstellung des Werks bei vertretbaren Sachen im Gegensatz zu der bei unvertretbaren Sachen die persönlichen Verhältnisse des Bestellers regelmäßig keine Berücksichtigung finden, verliert nach Oertmann die Verpflichtung des Unternehmers zur Arbeitsleistung gegenüber der anderen Vertragsverpflichtung desselben zur Sachlieferung sehr an Bedeutung und überwiegt somit beim Vertrage über eine vertretbare Sache der Kaufcharakter. Deshalb befürwortet der genannte Autor — unter Beibehaltung der Bezeichnung „Werklieferungsvertrag“ für den Vertrag über eine unvertretbare Sache — den Vertrag über eine vertretbare Sache mit Emerich „Lieferungsvertrag“[29]) zu nennen.

Zu dieser aus der verschiedenartigen Gestaltung der Herstellungsverpflichtung des Unternehmers gezogenen Schlußfolgerung möchten wir uns nicht bekennen. Ein Zweifel darüber, daß die genannte Verschiedenheit beider Verträge

---

[27]) vgl. S. 15, 16.

[28]) Oertmann S. 668.

[29]) Oertmann S. 669; Emerich S. 24.

sehr bedeutungsvoll ist und deshalb volle Beachtung verdient, kann ja allerdings nicht bestehen. Dennoch glauben wir, hinsichtlich der Konstruktion beider Verträge zu einer anderen Stellungnahme berechtigt zu sein, und zwar in Ansehung der Bedeutung des Gemeinsamen, das dieselben verbindet.

Wenn auch die Herstellungspflicht im einzelnen verschieden gestaltet ist, so bringt lediglich schon der Umstand, daß diese Pflicht besteht, beide Verträge in einen Gegensatz zum Kaufvertrag. Dem Wesen des letzteren ist, wie früher dargetan, eine Verpflichtung zur Anfertigung der Vertragssache völlig fremd. Somit scheidet allein das Vorhandensein dieser Verpflichtung beide Verträge scharf vom Kaufvertrage. Anderseits werden dieselben vom Werkvertrag durch die gemeinsam bestehende Verpflichtung des Unternehmers zur Verschaffung des Werkes abgegrenzt.[30]) Beide Verträge stehen also scharf getrennt vom Kauf- und Werkvertrag und somit gelangen wir unter Betonung der den ersteren gemeinsamen Verpflichtungen des Unternehmers zu einem einheitlichen Vertragsbegriff zwischen Kaufvertrag und Werkvertrag. Um des Vorteils eines solchen einheitlichen Vertragsbegriffes willen, glaubten wir die verschiedene Gestaltung der Herstellungspflicht des Unternehmers im einzelnen bei der theoretischen Auffassung der fraglichen Verträge hintansetzen und an der bisher üblichen, durch die herrschende Meinung festgelegten Konstruktion derselben als „Werklieferungsverträge“ festhalten zu dürfen. Hierbei muß aber hervorgehoben werden, daß in einer wesentlichen Beziehung Oertmann ganz auf seiten der herrschenden Meinung steht. Er[31]) verwirft

[30]) vgl. S. 9.

[31]) vgl. Oertmann S. 669. Allerdings weist dieser Kauf einer herzustellenden Sache dem gewöhnlichen Kauf gegenüber begriffliche

nämlich ebenso wie diese die Anschauung, den Vertrag über eine vertretbare Sache schlechthin als einen reinen Kaufvertrag zu bezeichnen.

Es erübrigt noch, auf letztere Anschauung kurz zurückzukommen.

Wie oben dargetan, lehnen wir es ab, den genannten Vertrag als Kaufvertrag zu konstruieren; trotzdem aber halten wir es für zweckmäßig,[32]) daß auf ihn die Kaufvorschriften schlechthin Platz greifen. Nun könnte man leicht auf den Gedanken kommen, uns hinsichtlich dieser Scheidung juristische Spitzfindigkeit vorzuwerfen. Man könnte nämlich mit Kleinschmidt[33]) erklären, daß es keinen Unterschied mache, ob man sagt, der Vertrag ist Kauf oder es finden die Normen des Kaufes auf ihn Anwendung. Hiergegen müssen wir aber erwidern, daß die von uns getroffene Scheidung wohl berechtigt ist, daß sie nicht etwa nur vom Standpunkt der theoretischen Betrachtung aus wertvoll ist, daß vielmehr die Frage, ob der Vertrag bei zu liefernden vertretbaren Sachen Werklieferungsvertrag oder Kauf sei, eine praktische Bedeutung hat, sofern zur Herstellung der Vertragssache die Vornahme einer Handlung durch den Besteller erforderlich ist. Bei der Konstruktion des Vertrages als Kauf versagen hier naturgemäß die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über denselben und die Anhänger dieser Konstruktion stehen bei der praktischen Durchführung ihres Prinzips einer großen Schwierigkeit gegenüber. Ganz anders, wenn man den Vertrag als Werklieferungsvertrag auffaßt; dadurch

---

Eigentümlichkeiten auf. . . . . Insofern erscheint es angebracht, diese Abart des Kaufes . . . . . .

[32]) vgl. S. 16.

[33]) Kleinschmidt S. 76.

scheidet man ihn einerseits vom Kaufe und erklärt ihn anderseits mit dem Werkvertrag verwandt. Ferner steht für die Vertreter dieser Richtung fest, daß das Bürgerliche Gesetzbuch auf den Vertrag die Kaufvorschriften unter Ausschluß der Rechtsnormen über den Werkvertrag bloß deshalb Platz greifen läßt, weil eine solche Regelung den wirtschaftlichen Bedürfnissen entspricht und die Kaufvorschriften im allgemeinen auch vollkommen ausreichen. Genügen nun dieselben bei obiger Rechtslage nicht, so ergibt sich aus der begrifflichen Verwandtschaft des Vertrages mit dem Werkvertrag als einfache Folge die analoge Anwendbarkeit der entsprechenden Rechtsnormen des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Werkvertrag.[34]) Diese praktisch bedeutsame Lösung ist also lediglich ein Ausfluß der Konstruktion des Vertrages als selbständigen, zwischen Kauf- und Werkvertrag stehenden.

Interessant ist es nun, zu sehen, wie ein Schriftsteller, der die Auffassung des Vertrages als Kauf teilt, die sich deshalb ergebende Schwierigkeit zu beseitigen sucht. Albers[35]) erklärt nämlich:

„Wenn die Herstellung der Sache eine Handlung des Bestellers erfordert, oder nach dessen Anweisung geschieht, so offenbart sich hierin die Parteiabsicht, daß die regelmäßig im Verkehr als vertretbar geltende Sache für diesen Fall als nicht vertretbar angesehen werden soll." Richtig ist ja, daß es den Parteien unbenommen ist, für ihren Vertrag eine Sache, die nach der Anschauung des Verkehrs eine vertretbare ist, als unvertretbar zu behandeln. Sehr bedenklich ist es aber, in allen Fällen, wo zur Herstellung der Vertrags-

[34]) Vgl. hierzu Planck II S. 625: Staudinger II, 2 S. 491: Oertmann S. 669; Dernburg, BGB. II, 2 S. 446

[35]) Albers S. 53 a. E.

sache eine Handlung des Bestellers notwendig ist — und diese Fälle sind im praktischen Leben nicht selten — den Parteien eine solche Absicht unterzuschieben. Die Folge davon würde sein, daß an Stelle der Kaufvorschriften nach der Regelung in § 651 Abs. 1 BGB. diese nur mit der Einschränkung Anwendung finden würden, als nicht für den Werkvertrag abweichende Normen bestehen. Diese für das wirtschaftliche Leben, insbesondere in Ansehung der Sachmängelhaftung so bedeutsame Folge in allen Fällen nur deshalb eintreten zu lassen, weil der Besteller eine Handlung vorzunehmen hat, ist wenig ratsam. Es würden auch zu oft ganz unleidliche Ergebnisse herauskommen; z. B. es bestellt sich jemand zu einem bestimmten Termine in einer Möbelfabrik 1 Dutzend Stühle, welche, da die vereinbarte Façon und Ausführung die in der Saison beliebte ist, häufig gekauft werden; er behält sich aber vor, bis zu einem bestimmten Zeitpunkt die Holzart, welche zu den Stühlen verwendet werden soll, anzugeben. Zweifellos sind und bleiben die Stühle trotz Vornahme der Handlung seitens des Bestellers vertretbare Sachen. Zu demselben Resultat würden andere Beispiele führen. Der Weg, den Albers einzuschlagen sich gezwungen sieht, wird also als nicht glücklich gewählt bezeichnet werden müssen. Viel einfacher und ungekünstelter ist die von uns gegebene Lösung, zugleich ein Beweis mit für die Richtigkeit unserer Anschauung, die Konstruktion des Vertrages als reinen Kaufvertrag zu verwerfen.

§ 2.

Die Sachmängelhaftung des Unternehmers beim Werklieferungsvertrag im einzelnen.

I. Voraussetzungen der Haftung.

Der Kreis der vom Werklieferanten zu vertretenden Sachmängel[1]) des Werkes ist, wenn er dem Besteller eine vertretbare Sache übereignet, im wesentlichen der gleiche, als wenn er eine unvertretbare Sache herzustellen hat. Er haftet einmal nach § 459 Abs. 1 und § 633 Abs. 1 BGB. für Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Während der Unternehmer bei vertretbaren Sachen für unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit nicht einzustehen braucht (§ 459 Abs. 1 Satz 2), kann sich der Besteller einer unvertretbaren Sache auch wegen eines solchen Fehlers an ersteren halten. Im letzteren Falle ist also dessen Haftung eine strengere.[2])[3])[4])

---

[1]) „Mängel" nach dem Sprachgebrauch des BGB. sind einmal die „Fehler" im Sinne des § 459 Abs. 1, und sodann die nicht vorhandenen besonders zugesicherten Eigenschaften. Vgl. Oertmann S. 364 unter 1; Fischer-Henle § 460 Anm. 2; Dernburg, BGB. II, 2 S. 51 unter III und S. 436 unter I; Endemann I S. 984 Anm. 2; Staudinger II, 2 S. 70 unter 3 und S. 454 unter 2; Zager S. 11; Levy S. 13 unter II u. a.

[2]) Diese strengere Haftung des Unternehmers wird aber wieder abgeschwächt; vgl. S. 29.

Diese Haftpflicht des Unternehmers tritt unabhängig von jedem Verschulden desselben ein, ihr Rechtsgrund ist lediglich die Norm des Gesetzes.[5]) Ob der Werklieferant den Mangel kannte oder kennen mußte, ist vollständig gleichgültig. Zum anderen haftet er bei beiden Arten des Werklieferungsvertrages dafür, daß das Werk die zugesicherten Eigenschaften hat (§§ 459 Abs. 2, 663 Abs. 1 BGB).[6]) [7]) [8]). Hier hat er aber

---

[3]) Beim Werkvertrag hat das BGB. den Grundsatz minima non curat praetor im Gegensatz zum Kauf § 459 Abs. 1 Satz 2 deshalb nicht aufgenommen, weil das Werk noch nicht wie die Kaufsache vorhanden ist, sondern erst hergestellt werden soll und der Unternehmer „zur Zeit des Vertragsabschlusses somit vollen Einfluß auf die Gestaltung des Werkes hat". (Zager S. 35.) Obwohl der Lieferant einer vertretbaren Sache denselben Einfluß hinsichtlich deren mangelfreien Gestaltung hat, erstreckt sich seine Haftpflicht, da für ihn lediglich Kaufgrundsätze gelten, dennoch nicht auf unerhebliche „Fehler".

[4]) Über die Begriffe des „Wertes", „des gewöhnlichen Gebrauchs" und „des nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauchs" im Sinne der §§ 459 Abs. 1, 633 Abs. 1 BGB. vgl. Leistner S. 10ff.; Zager S. 22; Ehrlich S. 22ff.; Mot. II S. 224.

[5]) Fischer-Henle § 459 Anm. 7; Oertmann S. 364 Anm. 2; Planck II S. 362 unter 1a und S. 597 unter 1a; Staudinger II, 2 S. 71 unter 4 und S. 454 unter II, 1; Endemann I S. 990 unter b 1 und S. 1109 Anm. 62; Emerich S. 62.

[6]) Über den Begriff der zugesicherten Eigenschaften, der in der Literatur verschieden aufgefaßt wird, vgl. Guischard S. 39—42, auch Schröder S. 79ff.

[7]) Wichtig ist das Fehlen von zugesicherten Eigenschaften gegenüber den „Fehlern" im Sinne des § 459 Abs. 1 BGB. für die Ansprüche des Bestellers; s. S. 29ff.

[8]) Beim Kauf kommen die Vorschriften über die Mängelhaftung (§§ 459 ff.) dann nicht zur Anwendung, wenn die Zusicherung des Verkäufers dahin geht, daß an der verkauften Sache nach Abschluß des Vertrages eine Eigenschaft hergestellt werden soll. Nach Eccius

bei vertretbaren Sachen im Gegensatz zu § 459 Abs. 1 Satz 2 auch für unerhebliche Mängel einzustehen.[9]) Diese Haftpflicht des Unternehmers besteht aber nicht kraft Gesetzesbestimmung, sondern ist eine Folge des Vertrages,[10]) jedoch auch unabhängig von einem Verschulden desselben.[11])

Die Gewährleistungspflicht des Unternehmers kraft Gesetzes und infolge des Vertrages ist bei beiden Arten des Werklieferungsvertrages nicht an den Abschluß des Vertrages geknüpft, sondern an den Zeitpunkt, mit welchem die Gefahr auf den Besteller übergeht.[12])

Dieser Zeitpunkt selbst ist allerdings bei beiden Verträgen verschieden. Bei vertretbaren Sachen geht die Gefahr nach § 446 regelmäßig mit der Übergabe der Sache auf den Besteller über, bei unvertretbaren Sachen nach § 644 regel-

---

(a. a. O. S. 310) stellt eine solche Zusicherung einen Nebenvertrag dar, aus welchem dem Käufer nur die gewöhnlichen Ansprüche bei Nichterfüllung eines Vertrages zustehen. Beim Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache sind die zugesicherten Eigenschaften an dem Werke naturgemäß ebenfalls nicht vorhanden, sondern müssen erst hergestellt werden. „Aber trotzdem — so führt Guischard S. 42 a. E. zutreffend aus — ist hier die Sachlage eine ganz andere; denn hier soll nicht allein die Eigenschaft nachträglich, sondern die ganze Sache hergestellt werden. Darin liegt ja gerade das Wesen des Werklieferungsvertrages, und die Regeln des Kaufes sollen ja gerade“ — trotz dieses begrifflichen Unterschiedes — „auf den Werklieferungsvertrag angewendet werden.“

[9]) Wenn der Unternehmer für unerhebliche Mängel haftet, so fragt es sich, wie weit diese Haftung geht, ob auch „die kleinste Abweichung“ gerügt werden kann; vgl. hierüber Guischard S. 41.

[10]) Endemann I S. 990 unter b 2; Staudinger II, 2 S. 76 unter 6.

[11]) vgl. auch S. 31.

[12]) vgl. Mot. II S. 225 über die Zweckmäßigkeit dieser Vorschrift des BGB.

mäßig erst mit der von der Übergabe verschiedenen Abnahme.

Hierbei haben wir uns hinsichtlich des Begriffes der Abnahme der Meinung angeschlossen, welche unter Abnahme die körperliche Hinnahme der Sache seitens des Bestellers als Erfüllungsannahme versteht.[13])[14])

Für die Gewährleistungspflicht des Unternehmers kraft Gesetzesbestimmung ist die Vorschrift des § 460 BGB. noch von Bedeutung, weil sie einen Wegfall dieser Haftung zur Folge haben kann.

Die Anwendung dieses Paragraphen ist allerdings nach § 651 Abs. 1 auf den Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache ausgeschlossen worden, sonach könnte sich nur der Lieferant einer vertretbaren Sache auf den genannten Paragraphen berufen. § 460 bestimmt nun, daß, sofern der Besteller bei Abschluß des Vertrags von dem Mangel Kenntnis hat, oder — abgesehen von Arglist des Unternehmers — sich infolge grober Fahrlässigkeit in Unkenntnis über denselben befindet, die Haftpflicht des Lieferanten entfällt. Diese Vor-

[13]) Ebenso Planck II S. 608/09; Oertmann S. 646; Staudinger II, 2 S. 468; Fischer-Henle § 640 Anm. 1; Riezler S. 134; Emerich S. 46 und 88; Endemann I S. 1104 unter d; vgl. Prot. II S. 317; a. M. Dernburg, BGB. II, 2 S. 432; Schollmeyer S. 55. Näheres vgl. Oertmann a. a. O. und Planck a. a. O.

[14]) Dieser bei vertretbaren und unvertretbaren Sachen verschiedene Übergang der Gefahr macht sich für die wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmers am meisten fühlbar bei zufälligem Untergang und zufälliger Verschlechterung des Werkes. Die rechtliche Position des Lieferanten einer unvertretbaren Sache ist in dieser Beziehung eine sehr ungünstige, zumal wenn er seinem Kontrahenten die Sache abgeliefert, dieser sie aber noch nicht abgenommen hat und sie nun beim Besteller zufällig untergeht oder verschlechtert wird.

schrift ist aber praktisch meist nicht anwendbar, weil im Moment des Vertragsschlusses von einer Kenntnis oder Unkenntnis des Mangels seitens des Bestellers regelmäßig nicht die Rede sein kann; denn das Werk besteht in diesem Zeitpunkt noch gar nicht, sondern soll erst hergestellt werden.

Unanwendbar ist jedoch deshalb die Vorschrift hier nicht. Zuweilen läßt sich nämlich ein Mangel des Werks auf einen Mangel des Stoffes zurückführen. Ist ein derartiger Mangel des Stoffes dem Besteller bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt gewesen und weist derselbe trotzdem diesen mangelhaften Stoff dem Unternehmer zur Herstellung des Werkes an, so wird der letztere in diesem Falle mit Recht die Vorschrift des § 460 zu seinen Gunsten geltend machen können. Insoweit wollen einige Schriftsteller[15]) den § 460 ungeachtet der Ausschließung desselben durch § 651 Abs. 1 BGB. auch auf den Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache zur Anwendung kommen lassen. Hierbei wird man sich nicht verhehlen können, daß diese analoge Anwendung des genannten Paragraphen unter den angegebenen Voraussetzungen aus Gründen der Billigkeit durchaus angemessen erscheint.[16])

Endlich ist hier noch hervorzuheben, daß die Haftpflicht des Unternehmers gemäß des Grundsatzes der Vertragsfreiheit auf Grund besonderer Vereinbarungen der Parteien beliebig erweitert wie beschränkt und selbst ganz erlassen werden kann.

Für beide Arten des Werklieferungsvertrags wird jedoch solchen Abmachungen durch die §§ 476 und 637 eine Grenze

---

[15]) Emerich S. 64; Hachenburg S. 76; Guischard S. 43.

[16]) Ebenso Engeling S. 22.

gezogen. Vereinbarungen, durch welche die Gewährleistungspflicht des Unternehmers erlassen oder beschränkt wird, sind nämlich hiernach dann nichtig, wenn derselbe einen Mangel arglistig verschwiegen hat.

II. Ansprüche des Bestellers.

Liegen bei dem Werke Mängel vor, die der Unternehmer nach den unter I. gemachten Ausführungen zu vertreten hat, so sind die dem Besteller wegen derselben zu Gebote stehenden Ansprüche wesentlich verschieden, je nachdem der Werklieferungsvertrag auf Herstellung einer vertretbaren oder unvertretbaren Sache geht. Der Besteller einer vertretbaren Sache hat nach § 462 BGB. ohne weiteres die Gewährleistungsansprüche auf Wandelung oder Minderung, unabhängig von einer Nachbesserung der Mängel durch den Unternehmer. Der Besteller hat aber auch nur diese Ansprüche, denn sein Vertragsgegner ist ihm gegenüber nicht zu einer Nachbesserung verpflichtet.[17]) Bei unvertretbaren Sachen hat der Besteller zwar auch die genannten Ansprüche, das Gesetz gibt sie ihm jedoch nur als sekundäre Rechte, primär steht ihm gegenüber seinem Kontrahenten lediglich der Anspruch auf Abstellung der Mängel zu (§§ 633 Abs. 1, 634 Abs. 1 BGB.). Ausnahmsweise kann hier der Besteller allerdings auch sofort wandeln oder mindern[18]) (§ 634 Abs. 2 BGB.). Erhebt er aber

[17]) Eine ganz andere Frage ist aber die, ob dem Besteller einer vertretbaren Sache unter besonderen Umständen ein Recht auf Beseitigung des Mangels zusteht, oder ob auch der Unternehmer unter gewissen Voraussetzungen dieses Recht für sich in Anspruch nehmen kann. Vgl. hierüber den § 4.

[18]) Daß die Voraussetzungen, welche § 634 Abs. 2 BGB. an die sofortige Geltendmachung des Wandelungs- oder Minderungsanspruchs knüpft, im einzelnen Falle vorliegen, hat der Besteller nachzuweisen.

außer diesen Fällen ohne weiteres die Wandelungs- oder Minderungsklage, so ist sein Vertragsgegner befugt, diese Klagen einfach dadurch von sich abzuwenden, daß er einredeweise seine Rechte auf Abstellung der Mängel geltend macht. Der Besteller muß also regelmäßig erst Nachbesserung der Mängel verlangen. Er kann dieselbe gegenüber dem Unternehmer — ausgenommen allein, daß dieser sie wegen unverhältnismäßigen Aufwandes zu verweigern berechtigt ist (§ 633 Abs. 2 Satz 2) — auch durch Klage erzwingen. Dies wird jedoch der Besteller im praktischen Leben nur dann tun, wenn er gerade ein Interesse daran hat, daß den Mängeln vom Unternehmer persönlich abgeholfen wird. Denn dem Besteller stehen, wenn jener der Aufforderung, die Mängel abzustellen, nicht nachkommt, folgende zwei Wege offen.

Er kann nämlich, wenn der Unternehmer mit der Nachbesserung im Verzuge ist, selbst den Mangel auf dessen Kosten beseitigen, und zwar ohne dessen Wissen und sogar wider dessen Willen.[19] [20])

Außerdem kann der Besteller seinem Vertragsgegner zur Abstellung der Mängel eine angemessene Frist setzen mit dem Hinzufügen, daß er nach Ablauf dieser Frist Beseitigung ablehne.[21]) Nach deren fruchtlosem Verstreichen ist der Besteller berechtigt, nunmehr zu wandeln oder zu mindern.

---

[19]) Planck II S. 599 unter 3; Dernburg, BGB. II,2 S. 437 unter 1.

[20]) Ist der Unternehmer nicht im Verzuge und der Besteller beseitigt den Mangel eigenmächtig, so kann letzterer Ersatz seiner Aufwendungen nur nach den Grundsätzen über die Geschäftsführung ohne Auftrag fordern; vgl. Planck und Dernburg a. a. O.

[21]) Die Frist muß nach Planck (BGB. II S. 600) jedenfalls so bemessen werden, daß innerhalb derselben die Beseitigung des Mangels objektiv möglich ist.

Dabei stehen ihm diese Gewährleistungsansprüche in derselben Weise zu wie dem Besteller einer vertretbaren Sache; er kann sie nämlich nach seiner freien Wahl geltend machen. Ein Unterschied in der Rechtsstellung beider Personen besteht aber hier insofern, als dem Besteller einer unvertretbaren Sache wegen unerheblicher Mängel der Wandelungsanspruch versagt ist (§ 634 Abs. 3 BGB.), und zwar sowohl bei „Fehlern", als auch beim Fehlen zugesicherter Eigenschaften. Der Besteller einer vertretbaren Sache hat zwar diesen Anspruch ebenfalls nicht bei unerheblichen „Fehlern" — weil hier die Haftpflicht des Unternehmers sich gar nicht auf solche Mängel erstreckt. Dagegen kann bei diesem Werklieferungsvertrag der Wandelungsanspruch gegen den Unternehmer sehr wohl erhoben werden, sofern die unerheblichen Mängel zugesicherte Eigenschaften des Werks betreffen.

Unter Umständen gewährt das Gesetz dem Besteller bei beiden Arten des Werklieferungsvertrages außer dem Wandelungs- und Minderungsanspruch noch ein drittes Rechtsmittel, nämlich einen Anspruch auf Schadensersatz. Nach § 635 hat ihn der Besteller bei unvertretbaren Sachen dann, sofern der Mangel auf einem Umstand beruht, den der Unternehmer zu vertreten hat, also namentlich, wenn den letzteren oder dessen Hilfspersonen ein Verschulden trifft oder ein Garantieversprechen vorliegt.[22])

Für den Besteller einer vertretbaren Sache kommen in dieser Beziehung zwei Paragraphen in Betracht (§ 463 und § 480 Abs. 2), je nachdem es sich um eine Spezies- oder eine Gattungsschuld handelt. Auf eine Genusobligation bietet

---

[22]) vgl. Dernburg, BGB. II 2 S. 438 unter IV; Fischer-Henle S. 344 § 635 Anm. 1.

die Anwendung des § 480 Abs. 2 keinerlei Schwierigkeit Für eine Speziesobligation ist aber die Vorschrift des § 463, weil als maßgebender Zeitpunkt der Moment des Vertragsabschlusses gilt, nur dann von praktischer Bedeutung, wenn der Mangel des Werks auf einem Mangel des Stoffes beruht,[23]) oder auch, wenn der Stoff schon eine zugesicherte Eigenschaft aufweisen soll, also nur in verhältnismäßig wenigen Fällen. Deshalb wird man wohl auch bei einer Speziesobligation unter Vernachlässigung des Unterschiedes zwischen Genus- und Speziesschuld den § 480 Abs. 2 anwenden müssen.

Es kann übrigens zweifelhaft erscheinen, ob dieser Unterschied überhaupt zu machen ist. Planck[24]) hebt ihn z. B. nicht hervor; er erklärt nämlich lediglich, bei der Anwendung der Kaufvorschriften auf den Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache sei zu beachten, daß „es sich um die Vorschriften über den Kauf einer nur der Gattung nach bestimmten Sache handelt". Nun ist ja richtig, daß vertretbare Sachen meist Gattungssachen und unvertretbare Sachen meist Speziessachen sind. Die entsprechenden Begriffe decken sich jedoch nicht.[25]) Trotzdem wird man aber wohl die vereinzelten Fälle, in denen beim Werklieferungsvertrag die vertretbaren Sachen Speziessachen sind, vernachlässigen können; denn dadurch erreicht man, daß die Vorschriften über den Gattungskauf gleichmäßig bei vertretbaren Sachen herangezogen werden können. Also schon deshalb würde, abgesehen von dem oben angegebenen Grunde, für den Schadens-

---

[23]) vgl. das über den § 460 unter I. Gesagte (S. 25 ff.).

[24]) Planck II S. 625 unter 3b; ebenso Oertmann S. 666 unter 2.

[25]) vgl. auch Emerich S. 60 Anm. 1.

ersatzanspruch des Bestellers der § 480 Abs. 2 allein maßgebend sein dürfen.

Somit kann der Besteller einer vertretbaren Sache Schadensersatz fordern, wenn im Moment des Gefahrüberganges dem Werk eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder der Unternehmer einen „Fehler" arglistig verschwiegen hat.

Die Voraussetzungen des Rechts auf Schadensersatz sind mithin nach § 480 Abs. 2 und § 635 nicht dieselben. Während vom Lieferanten einer vertretbaren Sache einerseits für „Fehler" „auf Erfolg" nur bei Arglist gehaftet wird, ist diese Haftung bei unvertretbaren Sachen auf jedes Verschulden desselben ausgedehnt.[26]) Anderseits ist nun hinsichtlich zugesicherter Eigenschaften die Haftung des Unternehmers auf Schadensersatz nach § 480 eine weitere als nach § 635. Nach ersterem Paragraphen haftet er hierauf bei jeder fehlenden zugesicherten Eigenschaft. Beim Kauf erblickt man nämlich in jeder Zusicherung einer Eigenschaft eine Garantieübernahme des Verkäufers[27]) und läßt denselben beim Fehlen einer solchen Eigenschaft unabhängig von einem Verschulden auf Schadensersatz haften. Dasselbe muß auch beim Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache gelten, wenngleich das Werk und damit regelmäßig auch die Eigenschaft erst hergestellt werden muß. Dagegen bedeutet beim Werkvertrag und somit auch beim Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache die Zusicherung einer Eigenschaft durch den Unternehmer an sich lediglich die Übernahme einer Leistungspflicht, nicht eine Garantieübernahme.[28]) Der An-

---

[26]) vgl. Oertmann S. 639 unter 1a.

[27]) Planck II S. 370 unter 2; Oertmann S. 364 unter 2.

[28]) Fischer-Henle S. 344 § 635 Anm. 1; Oertmann S. 639 unter 1b; Planck II S. 602 unter 2a; Emerich S. 64.

spruch auf Schadensersatz wird also hier nicht schon durch das Fehlen dieser Eigenschaft begründet, vielmehr muß noch hinzukommen, „daß entweder die Nichterfüllung der Zusicherung auf einem Verschulden des Unternehmers beruht, oder daß die Zusicherung eben als ein Garantieversprechen gemeint war".[29]) [30]) Hinsichtlich des Anspruchs auf Schadensersatz bei zugesicherten Eigenschaften ist also die Rechtslage des Bestellers einer vertretbaren Sache günstiger gestaltet, als die des Bestellers einer unvertretbaren Sache.

Bei vertretbaren Sachen gewährt das Gesetz aber dem Besteller außer den drei behandelten Ansprüchen nach freier Wahl noch einen weiteren, nämlich den Anspruch auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache (§ 480Abs. 1 BGB.). Da wir auf den Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache ohne Unterschied[31]) die Vorschriften des Kaufs über Gattungs-

---

[29]) Planck 2. Aufl. II S. 375 unter 2.

[30]) Allerdings muß zugegeben werden, daß die Grenze zwischen Übernahme einer Leistungspflicht und einem Garantieversprechen seitens des Unternehmers einer unvertretbaren Sache oft eine flüssige ist, so daß in jedem einzelnen Falle unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände zu ermitteln ist, welche Abmachungen die Parteien treffen wollen.

[31]) vgl. die Ausführungen zu §§ 463, 480 Abs. 2 BGB. S. 30. Wenn der dort angegebene Unterschied zwischen Spezies- und Gattungssachen einerseits und vertretbaren und unvertretbaren Sachen anderseits aufrecht erhalten werden würde, so hätte das zur Folge, daß man auch dem Besteller einer unvertretbaren Sache den Anspruch auf Nachlieferung einer mangelfreien Sache unter Umständen zusprechen müßte, nämlich dann, wenn das Werk in einem vereinzelten Falle sich als Gattungssache darstellen würde. Denn § 480 BGB. ist durch § 651 Abs. 1 BGB. nicht von der Anwendung auf den Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache ausgeschlossen worden. Übrigens würde in diesem Falle auch die Vorschrift des § 480 Abs. 2 vor der des § 635 BGB. den Vorrang bean-

sachen Platz greifen lassen, so hat der Besteller diesen Anspruch unter den Voraussetzungen des Wandelungs- oder Minderungsanspruches in jedem Vertragsfalle.

Hinsichtlich der Gewährleistungsansprüche des Bestellers ist noch zu erwähnen, daß dieselben für jenen bei beiden Arten des Werklieferungsvertrages in Wegfall kommen können, nämlich unter den Voraussetzungen der §§ 464, 480 und 640 Abs. 2 BGB. Hiernach sind dem Besteller, wenn er sich seine Rechte nicht vorbehält, bei vertretbaren Sachen sämtliche Gewährleistungsansprüche, die ihm zu Gebote stehen können, verschlossen, während der Besteller einer unvertretbaren Sache nach der Vorschrift des § 640 Abs. 2 nur der Ansprüche der §§ 633, 634 BGB. verlustig geht. Es kann zweifelhaft erscheinen, ob im letzteren Falle der Besteller den Anspruch auf Schadensersatz nach § 635 behält oder auch diesen verliert. Nach Dernburg[32]) würde es aber dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen, wenn der Besteller, welcher sich trotz Kenntnis eines Mangels keine

---

spruchen dürfen. Da wir aber den bezeichneten Unterschied vernachlässigen, so kommen diese Fragen in Wegfall.

[32]) Dernburg, BGB. II,2 S. 439 unter VI.

[33]) Ein weiterer Unterschied in der Rechtsstellung des Bestellers bei beiden Arten des Werklieferungsvertrags besteht darin, daß dieser bei unvertretbaren Sachen schon vor dem Gefahrübergang Rechte aus der Mängelhaftung des Unternehmers geltend machen kann, der Besteller einer vertretbaren Sache dagegen nach den Kaufvorschriften stets den Übergang der Gefahr abwarten muß. Hierzu erklärt Emerich S. 67, daß „es hart für den Besteller einer vertretbaren Sache wäre, wenn er ruhig abwarten müßte, bis der Ablieferungstermin erscheine, obwohl es schon sicher sei, daß keine vertragsmäßige Leistung erfolgen werde. Es sprächen hier die gleichen Gründe wie beim Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache dafür, dem Besteller schon vor der Vollendung die Ansprüche aus der Mängelgewähr zu geben".

Ansprüche vorbehält, dennoch später Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruchen würde.[33]) [34]) [35]) [36])

---

[34]) Über die Verjährung der Gewährleistungsansprüche vgl. Zager S. 75—81; Engeling S. 37—40.

[35]) Über die Wirkung des geltend gemachten Wandelungs- oder Minderungsanspruchs vgl. Zager S. 63 unter bis S. 74.

[36]) Über die Konstruktion des Wandelungs- oder Minderungsanspruches vgl. Endemann I § 161 Anm. 36, 37 S. 994—996 und Oertmann S. 371/72, vor allem S. 378 ff.

§ 3.

Die Bedeutung der Vorschrift des § 381 Abs. 2 HGB. für den Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache.

Werklieferungsverträge sind oft Handelsgeschäfte und unterliegen als solche den Regeln des Handelsgesetzbuchs. Für die Sachmängelhaftung beansprucht eine Bestimmung desselben besondere Berücksichtigung. Sie ist im § 381 Abs. 2 enthalten und geht dahin, daß die handelsrechtlichen Vorschriften über den Handelskauf auch auf einen Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache zur Anwendung kommen, sofern das herzustellende Werk beweglich ist.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 381 Abs. 2 ist einmal, daß wenigstens einer der Vertragschließenden Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs und sodann, daß der Vertrag nach §§ 343, 344 HGB. ein Handelsgeschäft ist.

An die Anwendung des § 381 Abs. 2 auf einen Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache knüpft sich in der Literatur eine Streitfrage.

Nach der einen Meinung wird der Vertrag dadurch, daß sich die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über den Handelskauf auf ihn erstrecken, zum Handelskauf und unterliegt allen Rechtsregeln, also auch denen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Kauf.

Die andere Ansicht geht dahin, daß der Vertrag lediglich den Vorschriften der §§ 373—380 HGB. unterstellt wird, im übrigen aber die durch § 651 Abs. 1 getroffene Regelung unangetastet bleibt und somit die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Kauf auf den Vertrag schlechthin nicht herangezogen werden dürfen, sondern eben nur nach Maßgabe des genannten Paragraphen.

Die Bedeutung dieser Streitfrage für die Sachmängelhaftung des Unternehmers bedarf nach den früheren Ausführungen hier keiner Erörterung.

Voraussetzung der Lösung der Streitfrage ist nun die Feststellung der juristischen Natur des Werklieferungsvertrages über eine unvertretbare Sache nach seiner Regelung durch § 651 Abs. 1 BGB.[1])

Es erscheint aber angebracht, dieser Ausführung einen kurzen historischen Überblick über die Stellung des Vertrages in den einzelnen Gesetzgebungen vorauszuschicken.

Im römischen Recht herrschte über die rechtliche Natur eines auf Herstellung einer Sache gerichteten Vertrages, sofern der Unternehmer den dabei notwendigen Stoff zu liefern hatte, Streit. Wie aus zwei Stellen der Quellen — Gaius II § 147 u. § 4 J. de locatione et conductione 3, 24 — hervorgeht, behandelt Cassius den Vertrag als ein Doppelgeschäft, als emptio venditio der Materie und als locatio conductio der Arbeit; die herrschende Meinung (plerisque placuit) dagegen hielt den Vertrag für einen reinen Kauf. Eine Begründung der einen oder der anderen Ansicht findet sich in diesen Stellen nicht. Auffällig ist aber, daß als Vertreter der

[1]) Der juristischen Konstruktion des Werklieferungsvertrages über eine unvertretbare Sache ist schon S. 4 kurz Erwähnung getan worden.

einen Ansicht nur Cassius genannt ist, während die anderen Juristen anscheinend geschlossen ihm entgegentreten und seine Ansicht verwerfen. Der Grund hierfür wird wohl der gewesen sein, daß man es nach den Absichten der Parteien bei Abschluß eines derartigen Geschäfts nicht für angebracht hielt, dasselbe in zwei selbständige Verträge zu zerreißen, vielmehr mit Recht ein einheitliches Schuldverhältnis annahm.[2] [3] Die herrschende Meinung des römischen Rechts ist auch im gemeinen Recht die herrschende gewesen.[4] Es hat zwar nicht an Versuchen gefehlt, den Vertrag anders zu behandeln; so griffen einige Schriftsteller auf die Ansicht des Cassius zurück,[5] andere wieder stellten selbständige Anschauungen auf, wie Pöhls und Dankwardt.[6] Eine

[2] Bei Münkel S. 11 findet sich hierfür ein zutreffendes Beispiel. Niemand, der sich beim Schuhmacher ein Paar Schuhe anmessen läßt, hat die Absicht, ein Stück Leder zu kaufen, dessen Größe er noch nicht einmal kennt, um es dann dem Schuhmacher zur Bearbeitung zu überlassen, sondern er will für sein Geldäquivalent das fertige Resultat eines Paares ihm passender Schuhe.

[3] Warum die herrschende Meinung den Vertrag für einen Kaufvertrag und nicht für Werkverdingung hielt, obwohl der Unternehmer sowohl zur Veräußerung als auch zur Herstellung der Sache verpflichtet ist, dafür versucht Dniestrzanski S. 5 eine Erklärung zu geben.

[4] Bechmann S. 165; Weiske VII S. 806; Baron S. 543; Windscheid-Kipp S. 758; Dernburg, Pand. II S. 313; Arndts S. 538 Anm. 1; Mommsen S. 365; Glück XXII S. 319ff.; Unterholzner II S. 348; v. Keller § 338; v. Vangerow III § 632; Wächter II § 209; Brinz II § 333 Anm. 6; Jhering Bd. 4 S. 413.

[5] Grotius, De jure belli ac pacis, lib. II cap. XII § 5; Westphal, Die Lehre des gemeinen Rechts vom Kauf-, Pacht-, Miet- und Erbzinskontrakt § 2; Hofmann, Über das periculum beim Kauf S. 109 (nach Grohé a. a. O. S. 21).

[6] vgl. hierüber die Ausführungen Grohés S. 21 a. E. u. ff.

größere praktische Bedeutung haben aber diese Versuche nicht gewinnen können, vielmehr verblieb es bei der Regelung des Vertrages als Kauf.

Diese Regelung hatte für die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien sehr nachteilige Folgen; insbesondere, weil einmal dem Unternehmer die Möglichkeit nicht gegeben war, Sachmängel des Vertragsgegenstandes abzustellen und sodann, weil nach dem Grundsatz: periculum est emptoris im Moment des Vertragsschlusses die Gefahr auf den Besteller überging. Daß auch die letztere Tatsache ein praktisch sehr üble Folgen zeitigender Übelstand war, weist Kleinschmidt[7]) zutreffend nach. Er bemerkt, daß der zur Arbeit verpflichtete Verkäufer schon mit dem Vertragsschluß von jeder Zufallshaftung frei war und daß der Käufer, auch wenn die Sache zufällig unterging, doch den vollen Preis zahlen mußte. Es ließe sich aber nicht verkennen, daß dadurch der Besteller eher ein Interesse an dem Untergang, als an dem Zustandekommen des Vertrages gehabt haben dürfte und leicht in die Versuchung geraten müßte, dem Zufall etwas unter die Arme zu greifen.

Eine ganz andere Gestaltung erhielt der Vertrag im Geltungsbereich des preuß. allgem. Landrechts.[8]) Für den Begriff des Werkvertrages war es nach dem allgem. Landrecht ohne Belang, daß das zur Ausführung des Werkes notwendige Material vom Unternehmer zu liefern war.[9]) Der Unterschied zwischen Werkvertrag und Kauf bezw. einem nach § 981 ff. I, 11 zu beurteilenden Lieferungsvertrag lag vielmehr darin, daß bei dem Werkvertrag der Übernehmer sich zur Herstellung einer Arbeit verpflichtete, mithin die auf Anfertigung der

[7]) Kleinschmidt S. 43.

[8]) § 926, 956 ff., 972 ff. I, 11 ALR.

[9]) Leske 1. H. S. 267.

zu liefernden Sache zu verwendende Arbeitstätigkeit des Übernehmers den Gegenstand des Vertrages bildete, während ein Kauf bezw. ein Lieferungsvertrag dann vorlag, wenn der Übernehmer sich bloß zur Verschaffung einer Sache in der Art verpflichtete, daß es nicht in Betracht kam, ob er Selbstgefertigtes oder von Dritten Erworbenes lieferte.[10])

Diese verschiedene rechtliche Behandlung des fraglichen Vertrages nach gemeinem Recht und nach preuß. allgem. Landrecht wurde teilweise durch das alte Handelsgesetzbuch beseitigt; denn nach Art. 338 wurde ein solcher Vertrag, sofern er auf Herstellung einer vertretbaren Sache ging, nach den Bestimmungen über den Kauf beurteilt. Bei unvertretbaren Sachen blieben die geltenden Partikularrechte bestehen, so daß also ein derartiger Vertrag bis zum 1. 1. 1900 im Geltungsbereiche des gemeinen Rechts als Kauf, nach dem allgem. Landrecht als Werkvertrag behandelt wurde.

Der 1. Entw. zum Bürgerlichen Gesetzbuch unterwarf nun im Anschluß an das gemeine Recht im § 568 den Werklieferungsvertrag, gleichgültig, ob derselbe eine vertretbare oder nicht vertretbare Sache betraf, den Grundsätzen des Kaufs, stellte es aber den Parteien anheim, ein anderes zu vereinbaren. In der letzteren Bestimmung, durch welche der Parteiwille Berücksichtigung fand und die Parteien nach ihrem Willen den Vertrag den Vorschriften des Werkvertrages unterstellen konnten, lag aber gegenüber der Regelung im gemeinen Recht nur ein theoretischer Fortschritt. Praktisch konnte dieser Bestimmung nur wenig Bedeutung beigemessen werden; denn die Parteiintention wird in den seltensten Fällen

---

[10]) Mot. II S. 474.

klar erkannt werden können. Dazu kommt, wie Ehrenberg[11]) zutreffend bemerkt, daß die Parteien von den juristischen Feinheiten meist keine Ahnung und von den Verschiedenheiten zwischen Kauf- und Werkvertrag erst recht keine Vorstellung haben.[12]) Eine Parteiabrede im Sinne des § 568 wird also sehr selten getroffen, bezw. mit Sicherheit nachzuweisen sein. Praktisch würde also der fragliche Vertrag auch nach dem 1. Entw. als Kauf behandelt werden müssen. Somit würden die Mißstände, die die gemeinrechtliche Regelung des Vertrages zur Folge hatte, zum großen Teil[13]) bestehen geblieben sein.

In der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs war man sich bei der Debatte über diesen § 568 zunächst darüber einig, daß die Regelung des Vertrages nicht derartig sei, daß sie übernommen werden könnte. Hinsichtlich der Frage aber, was an die Stelle des genannten Paragraphen zu treten habe, standen sich weitauseinandergehende Meinungen gegenüber. Endlich fand sich eine Mehrheit dafür,[14]) den Vertrag so zu regeln, wie er uns

---

[11]) Ehrenberg S. 289.

[12]) vgl. auch Prot. II S. 340 a. E., wo es heißt, die Entscheidung darüber, inwieweit die Vorschriften über den Werkvertrag auf das Lieferungsgeschäft Anwendung finden sollen, könne nicht dem Willen der Vertragschließenden überlassen bleiben; denn die Beteiligten pflegen hierüber keine Bestimmung zu treffen, vielmehr von der Voraussetzung auszugehen, daß das Rechtsverhältnis durch das Gesetz in angemessener Weise geordnet sei.

[13]) Nach dem 1. Entw. war die Lage des Übernehmers, trotzdem lediglich Kaufgrundsätze galten, gegenüber dem gemeinen Recht wenigstens insoweit verbessert, als die Gefahr nicht mehr mit Abschluß des Vertrages, sondern regelmäßig erst mit der traditio überging.

[14]) Prot. II S. 337 ff.

nach einer redaktionellen Änderung im § 651 Abs. 1 BGB. entgegentritt, wo also im Anschluß an das alte Handelsgesetzbuch wieder unterschieden wird zwischen vertretbaren und unvertretbaren Sachen.[15])

Was nun die Frage nach der juristischen Natur des Vertrages auf zu liefernde unvertretbare Sachen gemäß seiner Regelung durch § 651 Abs. 1 BGB. betrifft, so hat man anfangs viel darüber gestritten, ob der Vertrag ein Kaufvertrag sei, modifiziert durch Vorschriften des Werkvertrages, oder aber umgekehrt ein Werkvertrag, modifiziert durch Vorschriften des Kaufvertrages. Ausgehend von der Stellung und Fassung des § 651 Abs. 1 BGB. glaubten einige, weil der Vertrag unter dem Titel Werkvertrag geregelt wurde, einen Anhalt dafür zu haben, denselben für einen Werkvertrag erklären zu können. Andere führten hiergegen an, daß dann auch der Vertrag auf zu liefernde vertretbare Sachen als Werkvertrag bezeichnet werden müßte, trotzdem auf ihn lediglich die Kaufvorschriften zur Anwendung gelangen. Sie meinten vielmehr, aus dem Wortlaut des genannten Paragraphen — „auf einen solchen Vertrag finden die Vorschriften des Kaufs Anwendung“ — herauslesen zu können, daß der Vertrag seinem Wesen nach ein Kaufvertrag sei und somit als Kaufvertrag durch Vorschriften des Werkvertrages modifiziert werde. Zur Begründung dieser Ansicht wurde ferner darauf hingewiesen, daß die 2. Kommission an der juristischen Natur des Vertrages als Kauf festgehalten habe.

Diese Tatsache suchten nun die Gegner dadurch abzuschwächen, daß sie, wenngleich sie zugaben, daß die Kom-

[15]) Über die Behandlung des Werklieferungsvertrages in anderen modernen Gesetzbüchern bezw. Entwürfen vgl. Mot. II S. 474 ff.; auch Münkel S. 14 ff. und Grohé S. 39 ff.

mission den angegebenen Standpunkt vertreten habe, behaupteten, diese Ansicht gehe nicht mehr aus dem Wortlaut des genannten Paragraphen hervor. Einmal sei nach dem Paragraphen der § 433 BGB. ausgeschlossen, also der Paragraph, der die Begriffsbestimmung des Kaufs enthalte, dagegen sei aber gerade der § 631 BGB. mit der Begriffsbestimmung des Werkvertrages für anwendbar erklärt. Zum anderen griffen auf den fraglichen Vertrag, abgesehen von zwei von selbst sich ergebenden Ausnahmen, nicht etwa nur etliche, sondern sämtliche Vorschriften des Werkvertrages Platz. Deshalb sei der Vertrag seinem Wesen nach ein Werkvertrag.

Zur teilweisen Entkräftung dieser Begründung konnte die Gegenpartei anführen, daß, wenngleich § 433 BGB. mit der Begriffsbestimmung des Kaufs ausgeschlossen sei, die entsprechende Vorschrift im § 651 Abs. 1 S. 1 BGB. selbst stände.

Hiernach habe der Unternehmer die hergestellte Sache in entsprechender Weise wie der Verkäufer die Kaufsache seinem Vertragsgegner zu übereignen und das Eigentum an ihr zu verschaffen.

Von dieser Seite wurde zur Verteidigung der vertretenen Anschauung noch geltend gemacht, daß der Vertrag auf zu beschaffende unvertretbare Sachen sich in wesentlicher Beziehung vom Werkvertrage, bei welchem der Besteller den nötigen Stoff liefert, unterscheide. Man wies darauf hin, daß beim Werkvertrag der Besteller Eigentümer des Stoffes ist und es natürlich auch nach der Hingabe desselben bleibt, beim ersteren Vertrag dagegen der Unternehmer Eigentümer des Stoffes ist und sein Eigentum ihm auch nicht durch Fertigstellung der Sache ipso jure verloren geht, vielmehr

ihm auch fernerhin bis zu dem Zeitpunkt verbleibt, in dem er es rechtsgültig auf den Besteller überträgt.[16])

Demgegenüber konnte die Verwandtschaft des Vertrages mit dem Werkvertrage wiederum insofern nicht geleugnet werden, als der Unternehmer die — wenngleich nur mittelbare — Verpflichtung hat, die Sache herzustellen. Die Verpflichtung zur Herstellung der Vertragssache wurde nur für eine mittelbare[17]) erklärt, weil für den Unternehmer neben der Verpflichtung, den Stoff als Verkäufer zu liefern, eine besondere Verpflichtung, die Sache herzustellen, nicht bestehe, derselbe zur Bearbeitung des Stoffes vielmehr nur mittelbar, nur deswegen verpflichtet sei, weil er eine bestimmt gestaltete Sache liefern müsse.

Der Frage, ob der genannte Vertrag ein modifizierter Kaufvertrag oder ein modifizierter Werkvertrag sei, mißt man aber heute fast allgemein keine Bedeutung mehr bei; die herrschende Lehre faßt den Vertrag weder als Kaufvertrag noch als Werkvertrag auf, sondern nimmt einen selbständigen Vertragstypus an, ein Mischding zwischen Kauf- und Werkvertrag, den sie, wie wir gesehen haben, gleich dem Vertrage auf zu liefernde vertretbare Sachen „Werklieferungsvertrag“ nennt.[18])

Gehen wir nun nach Feststellung der juristischen Natur dieses Vertrages dazu über, der Streitfrage über die Bedeutung der Vorschrift des § 381 Abs. 2 HGB. selbst näherzutreten.

[16]) Diesen Unterschied hebt auch die Denkschr. z. BGB. hervor; S. 84, 85.

[17]) Denkschr. z. BGB. S. 85; Prot. II S. 340; Haidlen I S. 725; vgl. auch Planck II S. 625 unter 4a.

[18]) vgl. über die wenigen Autoren, die sich heute noch zu einer von der herrschenden Meinung verschiedenen Anschauung bekennen, S. 5 Anm. 10.

Bestritten ist, wie wir oben ausführten, ob durch die Vorschrift des Handelsgesetzbuchs in § 381 Abs. 2 der Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache zum „Handelskauf" wird, oder aber ob er durch diese Vorschrift lediglich den Normen des Handelsgesetzbuchs in §§ 373—380 unterstellt werden soll, ohne Ausschaltung der Vorschrift des § 651 Abs. 1 BGB. Die erstere Ansicht ist nur wenig vertreten;[19]) die meisten Schriftsteller bezw. Gerichtsentscheidungen stellen sich auf den letzteren Standpunkt.[20])

[19]) Endemann I S. 1102 Anm. 19; Münkel S. 23; Staub II S. 1245 unter 3) und S. 1391 unter 2); OLG. Hamburg (23. 12. 1903) in Rechtspr. d. OLG. Bd. 9 S. 274; Lotmar S. 183 unter 2); Scheer S. 18.

[20]) Lehmann-Ring S. 187 und S. 97; Crome II S. 705 Anm. 20; Rudorff S. 280; Düringer III S. 333; Makower II S. 1331 unter 2); Emerich S. 95 unter II; KG. Berlin (19. 2. 03) in DJZ. 1903 S. 322 Nr. 13; OLG. Breslau (9. 10. 1902) in R. 1902 S. 560 Nr. 2620; Kleinschmidt S. 61; Sonnenbrodt S. 1; Kronacher S. 15. Planck II S. 627 unter 8) scheint sich auf denselben Standpunkt stellen zu wollen. Seine Ausdrucksweise ist bei dieser Stelle allerdings zweideutig. Er sagt hier, daß bei dem Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache nach § 381 Abs. 2 HGB. ebenfalls (d. h. wie bei dem Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache) die Vorschriften über den Kauf Anwendung finden. Anscheinend will aber Planck den Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache dadurch nicht für einen „Handelskauf" erklären, auf den alle Vorschriften über den Kauf, also auch die des BGB. Anwendung finden; er fügt nämlich zu den Worten: „Vorschriften über den Kauf" in Klammern hinzu: HGB. § 373 ff. Deshalb ist wohl anzunehmen, daß der Autor nur die §§ 373—380 HGB. auf den genannten Vertrag Platz greifen lassen will und sich somit zu der am meisten vertretenen Ansicht bekennt. Denselben Standpunkt vertritt das OLG. Jena, wie aus einer Entscheidung desselben vom 15. 11. 1904 hervorgeht. Danach soll trotz der Vorschrift des § 381 Abs. 2 HGB. der Besteller gemäß § 651 Abs. 1 S. 2 BGB. (§ 649 BGB.) das Recht haben, den Vertrag zu kündigen. Vgl. Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt

Auffällig ist allerdings, daß die Vertreter der letzteren Meinung die Kontroverse entweder überhaupt nicht erwähnen[21]) oder aber — abgesehen von Kronacher — dieselbe einfach dadurch erledigen,[22]) daß sie sagen, durch die Vorschrift des § 381 Abs. 2 HGB. wird der fragliche Vertrag nicht etwa zum Handelskauf, sondern es bleibt trotz dieser Bestimmung die Vorschrift des § 651 Abs. 1 BGB. über diesen Vertrag unberührt.

Zu beachten ist dabei, daß die letzteren Schriftsteller zwar die Kontroverse entscheiden, daß es aber einmal einer Begründung dafür ermangelt, warum man gerade die angenommene Meinung zu der seinigen gemacht und warum man die Gegenmeinung verworfen hat, und daß zum anderen die Gründe, die die Vertreter der Gegenmeinung für ihre Anschauung ins Feld führen, keiner Prüfung nach ihrer Richtigkeit und Stichhaltigkeit unterworfen worden sind. Letzteres ist naturgemäß eine Voraussetzung der richtigen Entscheidung der Streitfrage. Gehen wir deshalb gleich dazu über, die Tatsachen, welche von den Vertretern dieser Meinung zur Begründung ihrer Ansicht angeführt werden, einer näheren Prüfung zu unterziehen.

32, 325 (nach Soergel 1905 Anm. zu § 381 Abs. 2 HGB.). — Welche Stellung Cosack und Riezler zu der Streitfrage einnehmen, ist zweifelhaft; vgl. Cosack, Handelsrecht S. 156 und Riezler S. 70 unter f.

[21]) Rudorff S. 280; Lehmann-Ring S. 186, 187; Planck II S. 627; auch Sonnenbrodt erwähnt in seiner Arbeit über die neue Bestimmung des HGB. in § 381 Abs. 2 die Kontroverse nicht; vgl. auch Crome II S. 705.

[22]) Düringer III S. 333; OLG. Breslau in R. 1902 S. 560; vgl. auch Emerich S. 95; KG. Berlin in DJZ. 1903 S. 322; Makower II S. 1331; Kleinschmidt S. 61.

Der Anfang sei mit Endemann gemacht.

Dieser[23]) führt gelegentlich der Behandlung des Werkvertrages aus, daß die Bedeutung der Abgrenzung des Werkvertragsbegriffes über das Bürgerliche Gesetzbuch hinausgreife. Das Handelsrecht stelle Sondernormen nur für Kaufverträge auf; die Werkverträge, die von Kaufleuten eingegangen würden, seien deshalb nach bürgerlichem Recht zu beurteilen.

Zu dieser zweifellos richtigen Tatsache bemerkt Endemann,[24]) daß das HGB. in § 381 Abs. 2 eine selbständige Abgrenzung vornimmt, daß nach der Denkschrift zum Handelsgesetzbuch „ein sachlicher Grund nicht bestehe, die Vorschriften über den Handelskauf nur bei Herstellung vertretbarer Sachen Platz greifen zu lassen“ (wie das BGB. § 651 Abs. 1 es wolle), daß ein Handelskauf vielmehr auch dann vorliege, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare Sache hergestellt werden soll.

Bei dieser Ausführung scheint Endemann der Meinung gewesen zu sein, daß man bei der Abfassung des Handelsgesetzbuchs, als man die Vorschriften über den Handelskauf auch bei dem Vertrage über zu liefernde unvertretbare Sachen zur Anwendung kommen lassen wollte, vor der Notwendigkeit gestanden habe, den Vertrag für einen Handelskauf erklären zu müssen — weil nämlich das Handelsgesetzbuch für Werkverträge keine besonderen Normen aufstellt, sondern eben nur für Kaufverträge — und daß deshalb aus der Denkschrift zu schließen sei, der Vertrag solle ein Handelskauf sein.

Hierzu ist jedoch zu bemerken, daß es sich bei dem Vertrag gar nicht um einen Werkvertrag handelt, sondern um

---

[23]) Endemann I S. 1102.

[24]) Endemann I S. 1102 Anm. 19.

den vom Werkvertrag verschiedenen selbständigen Werklieferungsvertrag. Aber abgesehen davon können wir die Notwendigkeit nicht einsehen, daß das Handelsgesetzbuch einen Werkvertrag für einen Handelskauf erklären muß, wenn es seine Bestimmungen über den Handelskauf, also die §§ 373 bis 380 unter bestimmter Voraussetzung — nämlich hier, daß die Vertragssache „beweglich" ist — auf einen derartigen Vertrag für anwendbar erklären will. Vor allem ist es aber zweifelhaft, ob aus der Denkschrift selbst hervorgeht, der Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache solle ein Handelskauf sein. Staub,[25]) der bei der Streitfrage dieselbe Anschauung wie Endemann vertritt, erklärt, daß die Denkschrift anscheinend auf anderem Standpunkt steht. Dieses muß wohl auch nach dem Wortlaut der Denkschrift angenommen werden.

In derselben[26]) heißt es:

> „Weil ein sachlicher Grund nicht besteht, die Vorschriften über den Handelskauf nur bei Herstellung vertretbarer Sachen Platz greifen zu lassen, so bestimmt der § 353 des Entwurfs, daß die Vorschriften des Titels vom Handelskauf Anwendung finden, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist."

Die Bezeichnung „Handelskauf" für den Vertrag findet sich also in der Denkschrift selbst nicht. Daß aber mit den Worten der Denkschrift:

> „so bestimmt der § 353 des Entwurfs, daß die Vorschriften des Titels vom Handelskauf Anwendung

[25]) Staub II S. 1391 unter 2.

[26]) Denkschr. zum HGB. S. 228.

finden, wenn aus einem von dem Unternehmer zu beschaffenden Stoffe eine nicht vertretbare bewegliche Sache herzustellen ist“

nicht gemeint sein kann, der Vertrag solle deshalb ein Handelskauf sein, das geht aus dem folgenden Satz der Denkschrift nach unserer Überzeugung vollständig klar hervor. Es wird da der Fall herausgegriffen, daß der Vertrag ein zweiseitiges Handelsgeschäft ist, und festgestellt, daß dann, „obwohl die Verjährung hier nicht mit der Ablieferung — wie beim Kaufe —, sondern erst mit der Abnahme des Werkes — wie beim Werkvertrag — beginnt, der Besteller dennoch das Werk gemäß § 348 des Entwurfs (zum Handelsgesetzbuch) unverzüglich nach der Ablieferung zu untersuchen verpflichtet ist; hat er dies getan und seine Rechte durch Anzeige gewahrt — so heißt es in der Denkschrift weiter —, so verjähren die Ansprüche erst von der Abnahme an.

Stände die Denkschrift auf dem von Endemann angenommenen Standpunkt, nämlich, daß der Vertrag zum Handelskauf werden soll, so wäre die Unterscheidung zwischen Ablieferung und Abnahme widersinnig, denn für den Kauf kommt lediglich der Begriff der Ablieferung als Beginn der Verjährung der Gewährleistungsansprüche in Betracht (§ 477 BGB.), nicht aber der Begriff der Abnahme. Gerade aus dem Umstand, welcher aus diesem Satz der Denkschrift erhellt, daß trotz des Beginns der Verjährung von der Abnahme des Werkes ab der Besteller bei zweiseitigen Handelsgeschäften unverzüglich nach der Ablieferung die Untersuchungspflicht hat, geht hervor, daß lediglich die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über den Handelskauf auf den Werklieferungsvertrag ausgedehnt werden sollen, im übrigen aber die Regelung des BGB. in § 651 Abs. 1 bestehen bleiben soll. Das Handels-

gesetzbuch erklärt nun auch lediglich die im 2. Abschn. des 3. Buches getroffenen Vorschriften, also die §§ 373—380 auf den Werklieferungsvertrag für anwendbar.

Im Einklang mit der Denkschrift und dem Wortlaut des Gesetzes steht Endemanns Anschauung also nicht. Zwingende Gründe für seine andere Stellungnahme hat der Autor u. E. nicht gegeben. Dieselbe muß deshalb als nicht gerechtfertigt bezeichnet werden.

Vorstehende Ausführungen lassen gleichzeitig Münkels[27]) Ansicht als ungerechtfertigt erscheinen.

Lotmar[28]) gibt keine Begründung für seine Anschauung. Scheer[29]) stellt zuerst fest, daß das HGB. im § 381 Abs. 2 nur die Vorschriften über den Handelskauf (also §§ 373 bis 380) auf den Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache Anwendung finden läßt. Darauf stellt er sich in direkten Gegensatz zum Gesetz, und zwar lediglich mit der Begründung, daß „man doch wohl dieses gemischte Geschäft völlig als Handelskauf gelten lassen könne".

Wir werden später[30]) hervorheben, welche Folgen diese Ansicht für die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien hat. Vergegenwärtigt man sich diese Folgen, so richtet sich Scheers Vorgehen von selbst.[31])

---

[27]) Münkel S. 23.

[28]) Lotmar S. 181 unter 2.

[29]) Scheer S. 18.

[30]) vgl. unten S. 52 ff.

[31]) a. a. O. S. 19 Anm. 1 erklärt Scheer, daß seine Ansicht außer von Staub auch noch von Oertmann (Oertmann, Schuldverhältnisse 1899 zu § 651) geteilt werde, und verweist ferner auf Mot. II S. 110 (Mot. nach S. 11 unter 32: Mot. II). Da aber weder Oertmann noch die Mot. an den zitierten Stellen den § 381 Abs. 2 HGB. und seine Be-

Das Oberlandesgericht Hamburg legt seiner angeführten Entscheidung[32]) die Staubsche Anschauung zugrunde. Somit bleibt für uns nur noch übrig, die Gründe einer Prüfung zu unterziehen, die dieser Autor zur Aufrechterhaltung seiner Anschauung anführt.

Staub verkennt nicht, wie schon hervorgehoben, daß die Denkschrift zum Handelsgesetzbuch auf einem anderen Standpunkte steht als er. „Allein die Erklärung des Gesetzgebers", so führt er aus,[33]) „daß sämtliche Vorschriften über den Handelskauf gemeint sind — welche auf den Werklieferungsvertrag zur Anwendung kommen sollen —, von denen einzelne ganz besonders auf einen wirklichen Kauf zugeschnitten sind, kann nicht anders aufgefaßt werden, als dahin, daß jenes gemischte Geschäft als Handelskauf betrachtet werden soll."

Gegen die Gründe, die Staub hier angibt — nämlich einmal, daß sämtliche Vorschriften des Handelsgesetzbuches über den Handelskauf Platz greifen sollen, und zum anderen, daß einzelne dieser Vorschriften ganz besonders auf einen wirklichen Kauf zugeschnitten sind —, wird sich wenig Gegenteiliges anführen lassen. Es fragt sich aber, ob die lediglich unter Berufung auf diese zwei Gründe von Staub gezogene Schlußfolgerung, daß nämlich der Werklieferungsvertrag dadurch zum Handelskauf werde, mit Rücksicht auf deren Folgen genügend gerechtfertigt ist.

Dabei soll aber nicht unterlassen werden, darauf hinzuweisen, daß Staub den in Frage stehenden Vertrag nicht etwa für einen „Kaufvertrag" erklären will. Der Vertrag ist als

---

deutung für den Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache behandeln, ist diese Ausführung Scheers vollständig unverständlich.

[32]) OLG. Hamburg (23. 12. 1903) in Rechtspr. d. OLG. Bd. 9 S. 274.

[33]) Staub II S. 1391 unter 2.

„Werklieferungsvertrag“ ein selbständiger Vertrag und bleibt es auch, obwohl er nach diesem Autor nach § 381 Abs. 2 HGB. zum Handelskauf wird. „Handelskauf“ ist eine technische Bezeichnung des Handelsgesetzbuches. Zum Handelskauf werden unter bestimmten Voraussetzungen allerdings regelmäßig „Kaufverträge“ des Bürgerlichen Gesetzbuches, aber auch unter denselben Voraussetzungen Werklieferungsverträge über vertretbare Sachen. Gleichwohl bleiben in diesem Falle diese Verträge selbständige Verträge und dürfen nicht etwa als Kaufverträge im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches bezeichnet werden.[34])

Das Entsprechende gilt auch für den Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache. Die juristische Natur desselben als eines selbständigen Vertrages würde also nicht entgegenstehen, daß er nach Staub zum „Handelskauf“ wird.[35])

Fraglich bleibt somit lediglich, ob die von diesem Schriftsteller angeführten Gründe allein ausreichen, um die Folgen der von ihm gezogenen Schlußfolgerung zu rechtfertigen. Das kann aber u. E. von diesen Gründen nicht gesagt werden.

---

[34]) vgl. Staub II S. 1245 unter 3. „Ferner wird nach den Regeln des Kaufs beurteilt ein Vertrag, durch welchen sich jemand verpflichtet, eine Sache aus einem von ihm zu beschaffenden Stoff herzustellen, sogen. ‚Werklieferungsvertrag‘. Handelt es sich um eine vertretbare Sache, so bestimmt dies schon das BGB. § 651 Abs. 1. Ist also der ‚Werklieferungsvertrag‘ über eine vertretbare Sache ein Handelsgeschäft, so liegt ein ‚Handelskauf‘ vor.“

[35]) Naturgemäß liegt aber in dem Begriff Handelskauf, daß auf einen solchen Vertrag nur Kaufvorschriften Anwendung finden, also auch von dem BGB. auf ihn nur Kaufvorschriften herangezogen werden dürfen.

Wenn man mit Staub den Vertrag für einen Handelskauf erklärt, so ist man sich damit bewußt, daß man die Vorschriften des Werkvertrages, die sonst in Gemäßheit des § 651 Abs. 1 BGB. sich auf ihn erstrecken, von der Anwendung auf ihn ausschließt und nur Kaufnormen auf ihn Platz greifen läßt. Nach früherer Ausführung[36]) steht aber fest, daß die wirtschaftlichen Bedürfnisse beider Parteien beim Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache dazu drängen, auf denselben neben den Kaufnormen die Werkvertragsnormen zur Anwendung kommen zu lassen. Diese wirtschaftlichen Bedürfnisse bestehen aber nicht nur bei solchen Verträgen, welche unter die Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches fallen, sondern sie bestehen auch in derselben Weise bei diesen Verträgen, wenn sie Handelsgeschäfte sind. Es stehen also in Widerstreit miteinander die von Staub angeführten zwei Gründe und die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Parteien. Welcher von beiden Teilen von größerer Bedeutung ist und demgemäß den Ausschlag gibt, ist unschwer festzustellen. Die wirtschaftlichen Bedürfnisse der Parteien dürfen wegen der von Staub vorgebrachten Gründe nicht beiseitegeschoben werden.

Wenn man sich Staub anschließt, so würde das zur Folge haben, daß die Bestimmung des § 651 Abs. 1 BGB., wonach bei unvertretbaren Sachen, abgesehen von zwei Paragraphen, sämtliche Rechtsnormen des Werkvertrags zur Anwendung kommen, so gut wie jede Bedeutung verlieren würde. Sehr viele Werklieferungsverträge über eine unvertretbare Sache, die sonst unter § 651 Abs. 1 BGB. fallen, sind zugleich Handelsgeschäfte, und demgemäß würde, weil diese fast immer nach § 381 Abs. 2 HGB. Handelskäufe sein

[36]) vgl. S. 14 ff.

würden, die Vorschrift des § 651 Abs. 1 BGB. für alle diese Verträge keine Geltung haben.[37]) Die Werklieferungsverträge über eine unvertretbare Sache, die dann noch unter letzteren Paragraphen fallen würden, würden nur einen verschwindend kleinen Bruchteil dieser Verträge bilden. Große Bedeutung würde also die betreffende Bestimmung des § 651 Abs. 1 BGB. nicht mehr haben. Der heftige Kampf, der in der 2. Kommission über die Frage entbrannte, mit welchen Normen dieser Werklieferungsvertrag auszustatten sei, wäre vergeblich gewesen.

Die Vorschrift des § 381 Abs. 2 HGB. bedeutet also im Einklang mit den meisten Schriftstellern und Gerichtsentscheidungen lediglich, daß die §§ 373—380 HGB. auf den Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache ausgedehnt werden, daß aber im übrigen die Vorschrift des § 651 Abs. 1 BGB. unangetastet bleibt. Diese Lösung der Streitfrage steht einerseits im Einklang mit der Denkschrift zum Handelsgesetzbuch. Weil nach § 651 Abs. 1 BGB. auf den Werklieferungsvertrag über eine unvertretbare Sache sowohl die Kaufvorschriften als auch die Werkvertragsvorschriften Anwendung finden, war es zweifelhaft, ob dieser Vertrag auch den für den Handelskauf getroffenen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs unterstellt sein würde. Um derartige Zweifel auszuschließen, wurde die ausdrückliche Vorschrift in § 381 Abs. 2 HGB. aufgenommen.[38]) Anderseits werden durch unsere Lösung der Streitfrage die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien in Ansehung der im § 651 Abs. 1 BGB. getroffenen Regelung in keiner Weise berührt.

Aus diesen zwei Gründen dürfte unsere Ansicht gegenüber der von Staub vertretenen die empfehlenswertere sein.

[37]) vgl. Lotmar I S. 211.

[38]) vgl. S. 47.

§ 4.

Die Nachbesserung von Sachmängeln beim Kauf bezw. beim Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache.

Verschiedentlich wurde schon hervorgehoben, daß beim Kauf im Gegensatz zum Werkvertrag das Bürgerliche Gesetzbuch dem Käufer das Recht auf Wandelung oder Minderung ohne weiteres gibt, unabhängig von einer Nachbesserung der gerügten Mängel der Vertragssache durch den Verkäufer. Über die Nachbesserung von Sachmängeln findet sich bei den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches über den Kauf selbst keine Bestimmung, vielmehr geht dasselbe über ein solches Recht des Käufers bezw. des Verkäufers mit Stillschweigen hinweg. Es ist nun zweifelhaft, was aus diesem Stillschweigen des Gesetzes zu folgern ist, ob nämlich die Nachbesserung von Mängeln beim Kauf stets unstatthaft ist, also weder der Käufer noch der Verkäufer je ein solches Recht hat, oder ob es doch unter bestimmten Umständen zu einer solchen Nachbesserung kommen kann. Diese Zweifel zu lösen, ist für Kaufverträge mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien oft von großer Bedeutung. Bei Werklieferungsverträgen über vertretbare Sachen besteht aber an der Entscheidung dieser Rechtsfrage nicht nur das gleiche Interesse wie bei Kaufverträgen, sondern es

kommt bei ersteren auch noch der Umstand hinzu, daß die Vertragssache bei jedem einzelnen Vertrag durch den Unternehmer hergestellt worden, derselbe also regelmäßig in der Lage ist, behebbare Mängel des Werks abstellen zu können, eine Tatsache, die bei Kaufverträgen für den Verkäufer naturgemäß in sehr vielen Fällen nicht zutreffen wird.

Gesetzlich festgelegt war das Recht auf Nachbesserung im preuß. allgem. Landrecht. Dasselbe gab dem Käufer, wenn die Kaufsache fehlerhaft war oder derselben ausdrücklich vorbedungene Eigenschaften fehlten, regelmäßig die Berechtigung, klageweise von dem Verkäufer Abstellung der Fehler oder Nachgewähr der fehlenden Eigenschaften zu fordern. Wenn der Verkäufer diesem Verlangen nicht nachkam oder dazu außerstande war, so hatte der Käufer das Wahlrecht zwischen den Gewährleistungsklagen auf Wandelung oder Minderung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist diesen Grundsätzen nicht gefolgt. § 462 bestimmt, daß der Käufer wegen eines vom Verkäufer zu vertretenden Mangels Wandelung oder Minderung verlangen kann. Ein Recht des Käufers gegenüber dem Verkäufer auf Abstellung von Mängeln wird also da mit Stillschweigen übergangen. Dieses Stillschweigen des Gesetzes kann aber hier, da dasselbe ein solches Recht dem Käufer auch nicht auf Grund anderer Bestimmungen oder Grundsätze[1]) gibt, nur die Bedeutung haben, daß dieses

[1]) vgl. Oertmann S. 373 unter a. Denn für den Käufer besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Lieferung der Ware als einer mangelfreien; selbst eine besondere Zusicherung von Eigenschaften oder Mängelfreiheit begründet an sich nur Gewährschaftsübernahme, nicht auch eine derartige erweiterte Lieferungspflicht.

Recht dem Käufer nicht zustehen soll.[2] [3] [4] Eine Klage des letzteren auf Abstellung der Mängel ist demgemäß unstatthaft. Das Entsprechende gilt naturgemäß für den Be-

[2] vgl. Leske 1. H. S. 197; Crome II S. 447; Emerich S. 70; Staudinger II, 2 S. 87 unter VI b; Dernburg, BGB. II, 2 S. 55; Cosack, BGB. I S. 451 unter V, 1; Staub II S. 1338 Anm. 42; Planck II S. 370 Anm. 4; Makower II S. 1285 unter f, 1; auch Ehrlich S. 75; Zager S. 50; Schröder S. 13; Knott S. 25; a. M. — wohl ganz alleinstehend — Schollmeyer S. 15.

[3] Emerich S. 70 kommt zu demselben Ergebnis auf Grund folgender Erwägung. Er weist darauf hin, daß beim Werkvertrag nach § 633 BGB. dem Besteller das Recht auf Nachbesserung nur unter der Einschränkung gegeben wird, daß der Unternehmer diese Nachbesserung verweigern darf, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Da nun beim Kauf eine solche Vorschrift noch mehr am Platze, ja geradezu notwendig sei, sie aber dennoch nicht getroffen wurde, so schließt Emerich hieraus, daß man eben dem Käufer kein Recht auf Nachbesserung geben wollte; vgl. auch Knott S. 25 Anm. 1.

[4] Zu bemerken ist noch, daß der Käufer zuweilen einen Anspruch gegen den Verkäufer auf Beseitigung von Mängeln haben kann, nämlich dann, wenn diese nach dem Vertragsschluß durch ein Verschulden des Verkäufers entstanden sind. Dieses Recht auf Nachbesserung hat der Käufer hier aber nicht etwa, weil das BGB. es ihm beim Kauf als besonderes Recht gewährt, es steht ihm vielmehr nach den dem BGB. innewohnenden allgemeinen Grundsätzen zu (§ 276 i. Verb. m. § 249 BGB.); vgl. hierzu Oertmann S. 373 unter a; Goldmann-Lilienthal S. 496; Cosack, BGB. I S. 451 unter V; Schollmeyer, Jherings Jahrb. Bd. 49 S. 115; Knott S. 25; Staudinger II, 2 S. 87 unter VI, b. Einige Schriftsteller wollen dem Käufer dieses Recht auf Nachbesserung in allen Fällen gewähren, wo derselbe von seinem Vertragsgegner Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern berechtigt ist (vgl. Staub II S. 1338 Anm. 42; Planck II S. 370 Anm. 4; Makower II S. 1285 unter f 1; Windscheid-Kipp S. 700 unter c). Das trifft aber — wie Oertmann a. a. O. nachweist — bei § 463 nicht zu; „es ist ja keine Verschaffungspflicht verletzt, und da die Ware den Mangel von jeher gehabt hat, kann

steller einer vertretbaren Sache; auch dieser hat nicht das Recht, vom Unternehmer Beseitigung der Mängel des Werks zu fordern.

Das preuß. allgem. Landrecht gab aber nicht nur dem Käufer ein Recht auf Nachgewähr, sondern auch dem Verkäufer. Dieser konnte nämlich gegen die sofortige Erhebung der Gewährschaftsklagen einredeweise geltend machen, daß er zur Abstellung der vom Käufer gerügten Mängel bereit und imstande sei. Dieses Recht des Verkäufers wird in § 462 BGB. ebenfalls nicht erwähnt.

Was aber hier das Stillschweigen des Gesetzes zu bedeuten hat, ist in der Literatur bestritten. Manche Schriftsteller[5]) vertreten die Ansicht, daß dem Verkäufer — also gleich dem Käufer — niemals das Recht auf Nachlieferung zuzusprechen sei. Andere[6]) versagen es ihm in der Regel,

auch kein Ersatz im Sinne des § 249 als Naturalherstellung in Frage kommen." (Vgl. hierzu auch Goldmann-Lilienthal a. a. O.) Naturgemäß kann sich der Käufer von dem Verkäufer auf Grund besonderer vertraglicher Vereinbarungen ein Recht auf Nachbesserung einräumen lassen. Dabei ist aber nicht erforderlich, daß dem Käufer dieses Recht durch eine solche Vereinbarung ausdrücklich zugestanden wird. Oertmann S. 373 unter aβ weist darauf hin, daß in dem Versprechen des Verkäufers, die Ware in tadellosem Zustande zu liefern, in der Regel zugleich das Versprechen liegt, Mängel, welche entweder den Parteien bekannt sind oder sich möglicherweise noch herausstellen, auszubessern. (Vgl. auch das v. Oertmann a. a. O. gegebene Beispiel.)

[5]) Endemann I S. 988 Anm. 18; Staub II S. 1338 Anm. 43; Eccius bei Gruchot Bd. 43 S. 316; Schöller bei Gruchot Bd. 46 S. 14 Anm. 14; Weyl I S. 405/6; OLG. Frankfurt (27. 5. 1904) in Rechtspr. d. OLG. Bd. 9 S. 286; Leistner S. 80ff.; Guischard S. 44; Schröder S. 13; Scheer S. 119.

[6]) Fischer-Henle § 462 Anm. 1; Makower II S. 1285 unter f2; Matthiaß I S. 493; Crome II S. 447 Anm. 24; Emerich S. 70;

wollen es ihm aber unter ganz bestimmten Umständen gewähren.

Im gemeinen Recht konnte der Käufer wie heute nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ohne weiteres bei vorhandenen Mängeln der Kaufsache die Gewährleistungsansprüche geltend machen. Doch wurde verschiedentlich in der Praxis ausgesprochen, daß der Käufer unter gewissen Voraussetzungen sich Nachbesserung eines Mangels durch den Verkäufer gefallen lassen mußte. Dies sollte dann der Fall sein, wenn der Verkäufer dem Käufer die Beseitigung des Mangels anbot, ehe letzterer gegen seinen Vertragsgegner Klage erhob.[7]) Auch wurde im gemeinen Recht entschieden, daß es unter Umständen gegen Treu und Glauben verstoßen könnte, wenn der Käufer ein ordnungsmäßiges Angebot des Verkäufers nicht annahm, nach welchem sich letzterer verpflichtete, den gerügten Mängeln abzuhelfen.[8])

Der 1. Entw. machte im Gegensatz zum preuß. allgem. Landrecht die Zulässigkeit der Gewährleistungsansprüche nicht davon abhängig, daß der Verkäufer außerstande wäre, den Mängeln abzuhelfen. Nach den Motiven[9]) sollte jedoch hiermit nicht ausgesprochen sein, daß der Veräußerer nicht nach den Umständen des Falles durch Beseitigung des Mangels die Ansprüche des Erwerbers ausschließen könne.

Cosack, BGB. I S. 451 unter Vb; Windscheid-Kipp II S. 700; Oertmann S. 373 unter b; Planck II S. 369 Anm. 4; KG. Berlin (19. 11. 1903) in Rechtspr. d. OLG. Bd. 8 S. 65; RG. (8. 3. 1904) in JurW. 1904 S. 199; RG. (6. 6. 1905) in JurW. 1905 S. 489; Staudinger II, 2 S. 87 unter VIa; ferner Engeling S. 35; Ehrlich S. 77; Zager S. 51; Hachenburg S. 249; Knott S. 25.

[7]) Seufferts Arch. Bd. 15 Nr. 116.

[8]) Seufferts Arch. Bd. 48 Nr. 134/35 und Bd. 46 Nr. 211.

[9]) Mot. II S. 227.

Auf anderem Standpunkt stand die 2. Kommission. Bei der Beratung über den Wandelungs- oder Minderungsanspruch war folgender Antrag gestellt worden[10]):

„Kann der Mangel ohne einen für den gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch erheblichen Zeitaufwand beseitigt werden, so ist der Verkäufer berechtigt, die Wandelung oder Minderung dadurch abzuwenden, daß er den Mangel rechtzeitig (innerhalb einer angemessenen Frist) beseitigt. Dieses Recht ist ausgeschlossen, wenn ein besonderes Interesse des Käufers die sofortige Wandelung oder Minderung rechtfertigt."

Dieser Antrag, der dem Verkäufer ein allgemeines Recht auf Nachbesserung geben wollte, war sehr bedenklich. Die Folge der Annahme desselben würde gewesen sein, daß der Käufer in jedem einzelnen Fall, sobald er wegen Mängel der Kaufsache gegen seinen Vertragsgegner vorgehen und Wandelung oder Minderung verlangen wollte, sich erst fragen mußte: ist der Mangel derartig, daß er sich beseitigen läßt, ist dies auch ohne erheblichen Zeitaufwand möglich, wird der Verkäufer dazu imstande sein oder steht dir ein besonderes Interesse zur Seite, was dich berechtigt, diese Ansprüche sofort geltend zu machen? Welche Erschwerung des Verkehrs würde die Annahme dieses Antrages mit sich gebracht haben! Derselbe wurde dann auch von der Kommission abgelehnt, „weil die Anerkennung eines solchen Nachlieferungsrechtes sich verbiete mit Rücksicht auf die Bedürfnisse des regelmäßigen Verkehrs und die praktische Handhabung des Gesetzes".

Wenn somit die Kommission zur Ablehnung des Antrages

[10]) Prot. I S. 697.

kam, dem Verkäufer ein allgemeines Nachlieferungsrecht zu geben, so gab man dennoch der Ansicht Ausdruck, daß „es sich nicht verkennen lasse, daß gegenüber dem Anspruch auf Wandelung die Rücksicht auf Treu und Glauben und die Billigkeit gegen den Verkäufer unter Umständen dafür sprechen könnten, dem letzteren das Recht zu geben, die Wandelung durch sofortige Beseitigung des Mangels abzuwenden, soweit dies mit dem Interesse des Käufers vereinbar sei".

Die Konsequenz aus dieser Tatsache, nämlich dem Verkäufer das Nachlieferungsrecht wenn auch nicht als allgemeines Recht, so doch unter den genannten Umständen zu gewähren, zog die Kommission jedoch nicht. Sie lehnte vielmehr mit dem gestellten Antrag auch ein solches Nachlieferungsrecht unter den angegebenen Umständen ab. Dieses muß wenigstens aus den Worten: „Die Anerkennung eines solchen Nachlieferungsrechtes verbiete sich jedoch mit Rücksicht usw." geschlossen werden. Denn diese Worte folgen unmittelbar dem Eingeständnis, daß dem Verkäufer unter Umständen mit Rücksicht auf Treu und Glauben und aus Billigkeit gegen ihn das Nachlieferungsrecht zu gewähren sei.

Einige Schriftsteller,[11]) welche jedes Nachlieferungsrecht dem Verkäufer absprechen, legen ihrer Anschauung die ablehnende Stellungnahme der Kommission zugrunde. Hierzu ist jedoch zu bemerken, daß diese Ansicht der Kommission dann nicht maßgebend sein kann, wenn das Gesetz gewordene Bürgerliche Gesetzbuch nach seinen Rechtsgrundsätzen uns zu einer anderen Entscheidung dieser Frage zwingt. Und

[11]) Staub II S. 1338 Anm. 43; Leistner S. 80ff.; vgl. auch Scheer S. 119.

dies ist hier der Fall. „Aus den §§ 157, 226, 242 BGB., welche allgemeine, auch für den Kauf geltende Rechtsgrundsätze aufstellen, ist zu folgern, daß es in besonders gearteten Fällen gegen Treu und Glauben verstößt, wenn der Käufer eine ihm angebotene, seinem rechtlichen Interesse vollständig genügende Nachbesserung ablehnt und auf den Gewährschaftsklagen besteht.“ [12])

Wenn wir also der Ansicht beitreten, wegen des das Obligationenrecht allgemein beherrschenden Grundsatzes von Treu und Glauben dem Verkäufer das Recht auf Nachbesserung unter Umständen zuzuerkennen, so sind wir uns dennoch bewußt, daß bei der praktischen Durchführung dieser Anschauung zu beachten ist einmal, daß dieses Recht nicht die Regel bildet, sondern nur eine Ausnahme ist, sodann, daß die Voraussetzungen dieses Rechtes ziemlich komplizierter Natur sind. So wird dem Verkäufer dieses Recht nicht zuzusprechen sein, wenn der Käufer ein rechtliches Interesse daran hat, eine erst ausgebesserte Kaufsache abzulehnen.[13]) Ein solches Interesse wird aber für den Käufer nicht nur selten, sondern ziemlich häufig bestehen; denn es ist praktisch für denselben nicht immer gleichgültig, ob er nur eine ausgebesserte Sache, oder aber eine von vornherein mangelfreie Sache erhält.

---

[12]) KG. Berlin, Rechtspr. d. OLG. Bd. 8 S. 65.

[13]) vgl. auch Oertmann S. 374 unter bγ. Staudinger II, 2 S. 87 unter VIa will die Gewährung des Nachlieferungsrechtes an den Verkäufer lediglich davon abhängig machen, daß der Käufer ein solches Interesse nicht hat. Diese Ansicht erscheint uns nicht zutreffend. Zwar ist zweifellos Voraussetzung des dem Verkäufer zu gewährenden Nachlieferungsrechtes, daß dem Käufer in jedem einzelnen Fall dieses Interesse nicht zur Seite steht, jedoch nicht die einzige Voraussetzung, sondern nur eine von mehreren Voraussetzungen, die gleichzeitig nebeneinander vorliegen müssen.

Vor allem muß in jedem Falle die Beseitigung des Mangels „von vornherein als sicher oder doch mit einer der Sicherheit praktisch nahe kommenden Wahrscheinlichkeit erwartet“ [14]) werden können. Ferner muß die Ausbesserung ohne zeitraubende, die Vertragsabsicht gefährdende Maßnahmen [15]) und ohne Kosten des Käufers vorzunehmen sein. Endlich darf auch nicht übersehen werden, daß es dem Verkäufer obliegt, seinem Vertragsgegner, sobald dieser mit Gewährleistungsansprüchen an ihn herantritt, unverzüglich von den besonderen Umständen in Kenntnis zu setzen, welche die Berechtigung zur Nachbesserung begründen sollen. [16]) [17]) Alle

---

[14]) Oertmann S. 374 unter b α.

[15]) vgl. auch Oertmann S. 374 unter b β; Emerich S. 70.

[16]) vgl. auch OLG. Frankfurt (22. 5. 1904) in Rechtspr. d. OLG. Bd. 9 S. 285 ff. Wie der Käufer, so kann sich naturgemäß auch der Verkäufer das Recht auf Nachbesserung durch besondere vertragliche Vereinbarungen einräumen lassen. Unter Umständen kann auch ein Gewährvertrag dem Verkäufer dieses Recht zusprechen; vgl. hierüber Makower II S. 1315 unter e.

[17]) Denken wir uns folgenden praktischen Fall. Der Verkäufer will sich, als sein Vertragsgegner gegen ihn wegen Mängeln der Kaufsache Gewährleistungsansprüche geltend macht, auf nichts einlassen. Der Käufer sieht sich deshalb genötigt, Klage gegen den Verkäufer zu erheben. Im Prozeß bestreitet letzterer noch, daß die Mängel, obwohl sie offensichtlich nach §§ 459/60 BGB. von ihm zu vertreten sind, derartig seien, daß sie Gewährleistungsansprüche für den Käufer zur Folge haben könnten. Nachdem dies durch Gutachten Sachverständiger festgestellt ist, ist der Prozeß endlich in dem Stadium, daß er durch Endurteil erledigt werden kann. Jetzt macht der Verkäufer plötzlich einredeweise Umstände geltend, welche für ihn unter normalen Verhältnissen das Nachbesserungsrecht begründen würden. Es wird ihm aber hier dieses Recht nicht zuzuerkennen sein, weil er durch sein soeben bezeichnetes Verhalten es verwirkt hat, sich auf den Grundsatz von Treu und Glauben, welcher ihm

diese Voraussetzungen müssen in einem konkreten Falle erfüllt sein, ehe der Richter dem Verkäufer das Recht auf Nachbesserung zusprechen kann.

Diese für das Nachlieferungsrecht des Verkäufers beim Kaufvertrag aufgestellten Grundsätze werden unverändert auch auf den Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache zur Anwendung gelangen müssen. Bei diesem Vertrag sind erhebliche Besonderheiten gegenüber dem Kaufe hier nicht zu erwähnen. Abgesehen davon — wie schon hervorgehoben[18]) —, daß der Unternehmer im Gegensatz zum Verkäufer regelmäßig imstande ist, die gerügten behebbaren Mängel des Werkes zu beseitigen, ist die rechtliche Lage beider genannten Personen hinsichtlich des Nachbesserungsrechtes völlig die gleiche. Auch die Lage des Bestellers weicht wohl in dieser Beziehung von der des Käufers nicht ab.[19])

Die Voraussetzungen des Nachbesserungsrechtes des Unternehmers sind also bei diesem Werklieferungsvertrag ebenso komplizierter Natur wie die des Nachbesserungsrechtes des Verkäufers. Deshalb wird im praktischen Leben der Unternehmer gleich dem Verkäufer regelmäßig den geltend gemachten Gewährleistungsansprüchen stattgeben müssen und

---

zu diesem Recht verhelfen würde, berufen zu können. — Ebenso wird dem Verkäufer in allen Fällen die Berufung auf den Grundsatz von Treu und Glauben behufs Erreichung des Nachbesserungsrechts verschlossen sein, wenn er die Mängel der Kaufsache arglistig verschwiegen hat.

[18]) vgl. S. 55.

[19]) Es wurde schon S. 15 bei der Behandlung der Frage, mit welchen Vorschriften der Werklieferungsvertrag über eine vertretbare Sache nach den wirtschaftlichen Bedürfnissen der Parteien auszustatten war, hervorgehoben, daß der Besteller einer vertretbaren Sache ein Interesse daran hat, nicht ausgebesserte, sondern von Anfang an mangelfreie Sachen zu bekommen.

nur in verhältnismäßig wenigen Fällen wird er befugt sein, diese Ansprüche des Bestellers durch Beseitigung der Mängel abzuwenden.[20])

---

[20]) Zu bemerken ist noch, daß in vielen Fällen, wo bei Kaufverträgen man dem Verkäufer die Berechtigung zur Nachbesserung zuzusprechen hat, es sich um Verträge über Grundstücke handelt. Man wird nämlich hier einerseits um so geneigter sein, dem Verkäufer wegen des Grundsatzes von Treu und Glauben dieses Recht zu gewähren, „weil sonst, vor allem bei stattgegebenem Wandelungsbegehren des Käufers, eine völlige Umgestaltung der durch das Kaufgeschäft geschaffenen wirtschaftlichen Verhältnisse herbeigeführt werden würde". (Vgl. die Entsch. d. KG. vom 19. 11. 1903 in Rechtspr. d. OLG. Bd. 8 S. 65.) Anderseits wird es bei Grundstückskäufen, bei denen der Verkäufer seinem Vertragsgegner eine bestimmte Größe des Grundstücks zugesichert hat, das Grundstück aber die zugesicherte Größe nicht aufweist, oft den Interessen des letzteren entsprechen, wenn der Verkäufer „dem Käufer das Fehlende dazu geben und so den Mangel beseitigen darf". Vgl. Emerich S. 70 Anm. 3.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.